

La veille juridique

N°63, décembre 2017

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



Edito

Au nom de toute l'équipe rédactionnelle, j'adresse des vœux très chaleureux à tous nos lecteurs fidèles qui seront de plus en plus nombreux, notamment grâce au compte LinkedIn ([linkedin.com/company/creogn/](https://www.linkedin.com/company/creogn/)) et au compte twitter (@creogn).

L'année 2018 devrait être riche sur le plan du droit. Lors de ses vœux à la presse, le Président de la République a annoncé un projet de loi sur les « fake news ». Dans le cadre du FIC, j'ai animé sur ce thème, le 14 décembre dernier, un atelier avec des parlementaires et des experts des réseaux sociaux, avec la participation de Florian Bachelier, Premier questeur de l'Assemblée nationale, des députés Aurore Bergé, Didier Baichère, Eric Bothorel, Thomas Gassiloud, et des sénateurs Michel Canévet et Brigitte Lherbier. Débat passionnant soulignant la complexité du sujet, en même temps que la

(Suite page 2)

EDITORIAL

nécessité de mettre un peu d'ordre sur les réseaux sociaux !

La « couche cognitive » du Net est un enjeu pour les individus, les organisations (administrations, entreprises, collectivités territoriales), les États. Depuis la création du Web, le volume des contenus croît de manière exponentielle : pour le meilleur comme pour le pire. Le nombre d'internautes étant en constante augmentation (près de 4 milliards en 2020, 5 milliards en 2025), les contenus illicites ont une portée universelle et une puissance néfaste, sans égal dans le « monde réel », en raison de la viralité des réseaux.

Aujourd'hui, à chaque seconde, environ 8000 tweets sont postés sur Twitter, 1 000 photos sont postées sur Instagram, 60 000 recherches sont effectuées sur Google et 70 000 vidéos sont visionnées sur YouTube.

Dans une interview au *Guardian*¹, le 12 mars 2017, Sir Tim Berners Lee s'inquiète de l'évolution du Web qu'il faut, selon lui, sauver, notamment parce qu'il est utilisé pour des actions de désinformation qui peuvent avoir des fins politiques ou financières. Les « autoroutes de l'information » peuvent se transformer en « autoroutes de la désinformation ». Selon lui, les moteurs de recherche et les réseaux sociaux font de la surenchère avec des nouvelles choquantes, surprenantes, complaisantes qui peuvent être des fausses nouvelles (*fake news*). 48 millions de comptes twitter seraient gérés par des *bots*.

Le 28 septembre 2017, faisant suite à la lettre d'intention du 13 septembre 2017 que le président de la Commission européenne a adressée au président du Parlement européen et au président du Conseil de l'Union européenne, la Commission présente des « orientations et des principes afin que les plateformes en ligne renforcent la prévention, la détection et la suppression proactives des contenus illicites en ligne ».

La communication prévoit un ensemble d'orientations et de principes afin que les plateformes en ligne intensifient la lutte contre le contenu illicite en ligne, en coopération avec les autorités nationales, les États membres et les autres acteurs concernés.

Elle vise à faciliter et à accélérer la mise en œuvre de bonnes pratiques pour interdire, détecter, supprimer et bloquer l'accès au contenu illicite,

¹ Tim Berners-Lee, « I invented the web. Here are three things we need to change to save it », *The Guardian*, 12 mars 2017.



ZONE INTERDITE GENDARMERIE NATIONALE

EDITORIAL

de façon à garantir le retrait effectif de celui-ci, une transparence accrue et la protection des droits fondamentaux en ligne. Elle vise aussi à apporter aux plateformes des précisions sur leurs responsabilités, lorsqu'elles prennent des mesures proactives (dites de « Bon Samaritain ») pour détecter, supprimer ou bloquer l'accès au contenu illicite.

La France a choisi la voie du dialogue avec les réseaux sociaux. Telle est la mission de David Martinon, nommé ambassadeur en charge du Numérique, par décret pris en Conseil des ministres, le 22 novembre 2017. Thierry Delville, délégué ministériel aux industries de sécurité et à la lutte contre les cybermenaces (DMISC), est responsable de ce dialogue pour le ministère de l'Intérieur.

Le projet de loi est décrié par les uns, au nom de la liberté d'expression, attendu par d'autres qui veulent restaurer la confiance dans ce que l'on reçoit, retransmet. Nul ne doute qu'il donnera l'occasion d'un débat national appelant chacun à ses responsabilités.

Des échanges passionnants en perspective !

Bonne lecture de la veille juridique du CREOGN, rédigée avec fidélité par des universitaires et experts que je salue et remercie.

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

VEILLE JURIDIQUE DE LA GENDARMERIE NATIONALE



Sommaire

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

Déontologie et sécurité

Par M. Frédéric Debove

2017, Annus horribilis pour les contrôles d'identité ?

Comme chaque année, à la même période, il est de tradition de retracer les temps forts de l'année écoulée. Les investitures respectives de Donald Trump et d'Emmanuel Macron, les provocations balistiques et nucléaires de Kim-Jong-Un, les rêves d'indépendance de la Catalogne et l'exil abracadabrant de son ex-président destitué Carles Puigdemont, l'enclenchement de la procédure de Brexit, la fin de l'état d'urgence sur le territoire français après presque deux années d'application, les ravages du cyclone Irma, la chute du producteur hollywoodien Harvey Weinstein, le recul de Daech en Irak et en Syrie, la relance en trompe-l'œil de l'affaire Grégory, la « remontada » du Barça face au PSG, le bouclier de Brennus de l'ASM (un événement plus rarissime encore que les éclipses solaires !), mais aussi la mort de Simone Veil, de Jean d'Ormesson et de Johnny Hallyday pour ne citer qu'eux Riche en événements les plus divers, l'année 2017 restera également remarquable en termes de déontologie de la sécurité, singulièrement dans le domaine des opérations de contrôles d'identité. En l'espace de quelques mois, la matière - ô combien sensible - a fait l'objet d'évolutions substantielles - tant législatives que jurisprudentielles - dont la teneur impacte notablement les pratiques policières.

Aux confins du droit, des libertés individuelles et du symbole de l'autorité publique

En quoi consiste précisément un contrôle d'identité ? Négativement, le contrôle d'identité ne doit pas être confondu avec le contrôle de titre de séjour des étrangers en France. En dehors de tout contrôle d'identité, les personnes de nationalité étrangère doivent en effet être en mesure de présenter les pièces ou documents sous le couvert desquels elles sont autorisées à circuler ou à séjourner en France à toute réquisition des agents de la force publique (art. L. 611 1, Code de l'entrée et du

Déontologie et sécurité

séjour des étrangers et du droit d'asile). Pour effectuer directement ce contrôle sans passer préalablement par un contrôle d'identité, il faut impérativement qu'il existe des éléments objectifs, extérieurs à la personne même de l'intéressé, de nature à faire apparaître sa qualité d'étranger (ainsi, l'apposition d'affiches étrangères, la distribution de tracts en langue étrangère, la conduite d'un véhicule immatriculé à l'étranger, la lecture de journaux en langue étrangère, le port de maillot d'un club sportif étranger, la sortie d'une ambassade étrangère, etc.). Dégagés par la jurisprudence, ces éléments d'extranéité s'opposent à tout contrôle au « faciès » en interdisant toute discrimination de quelque nature qu'elle soit contre les personnes. Consubstantielle au pacte républicain, cette interdiction du contrôle fondé sur un critère de profilage ethnique a été fermement rappelée par le Conseil constitutionnel dans une décision n°2016-606/607 QPC du 24 janvier 2017. Positivement, les contrôles d'identité peuvent être définis comme des pratiques policières visant à établir l'identité d'une personne qui se trouve le plus souvent sur la voie ou dans un lieu public. Plus précisément, les opérations de contrôles d'identité comportent deux étapes. La première, obligée, se situe au moment où l'agent des forces de l'ordre demande l'identité d'une personne considérée : c'est le contrôle d'identité *stricto sensu*. La seconde phase, facultative, prend naissance au moment où l'intéressé va devoir être retenu aux fins d'investigation coercitive, car il ne peut pas ou ne veut pas justifier de son identité. Cette phase de vérification relève naturellement de l'opération de contrôle d'identité *lato sensu*. Cela étant précisé, il convient de relever que les évolutions législatives et jurisprudentielles de l'année 2017 se rapportent toutes à la première séquence des opérations de contrôles d'identité à l'exclusion de la phase de vérification d'identité. En ce domaine, le renouvellement juridique concerne autant les contrôles d'identité traditionnels que les contrôles d'identité plus contemporains.

Vigipirate, état d'urgence ... autant de sésames inopérants

Jusqu'à une période récente (1993), le droit pénal français connaissait seulement deux formes de contrôle d'identité que la doctrine classait en

Déontologie et sécurité

fonction d'une distinction bien connue, s'agissant de la police.

Le premier type de contrôle - dit de police judiciaire - consiste en un contrôle individualisé à l'encontre d'une personne dont la situation se rattache à l'une des cinq hypothèses énumérées par l'article 78-2, alinéa 1 à 6 du Code de procédure pénale. Il doit ainsi exister à l'égard de l'intéressé « une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis ou tenté de commettre une infraction, qu'il se prépare à commettre un crime ou un délit, qu'il est susceptible de fournir des renseignements utiles à l'enquête en cas de crime ou de délit, qu'il a violé les obligations ou interdictions auxquelles il est soumis dans le cadre d'un contrôle judiciaire, d'une assignation à résidence avec surveillance électronique, d'une peine ou d'une mesure suivie par le juge de l'application des peines, ou enfin qu'il fait l'objet de recherches ordonnées par une autorité judiciaire ». Ce type de contrôle, laissé à l'entière initiative du policier ou du gendarme, appelle un commentaire. Contrairement aux apparences, la précision avec laquelle le législateur décrit les circonstances pouvant motiver un contrôle est relative : l'emploi de termes aussi vagues que « se prépare à », « susceptible de », offre dans la pratique une large marge de manœuvre aux policiers. Que penser par ailleurs de l'abandon de la notion d' « indice laissant présumer » au profit de l'expression « une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner » ? À défaut d'être une véritable preuve, un indice est à tout le moins un signe apparent qui renseigne avec probabilité et de manière objective : il en est ainsi, par exemple, du signalement de l'auteur d'une infraction diffusé aux véhicules de police ou de l'interpellation d'une personne participant à une manifestation en faveur des « sans-papiers », déambulant sur la voie publique dans un état d'ivresse manifeste ou portant ostensiblement une arme. La subjectivité est en revanche source d'ambiguïté : quid par exemple d'un individu qui change de direction à la vue d'une patrouille ? Le policier ou le gendarme zélé ne pourra-t-il pas toujours dire qu'il a cru de bonne foi que la personne interpellée était suspecte à ses yeux ?

Bien qu'ils ne soient pas à l'abri d'abus ponctuels, les contrôles d'identité de police judiciaire sont nettement moins mis en cause que les contrôles préventifs, ou si l'on préfère de police administrative (art. 78-2, al. 8, Code de procédure pénale). Ce second type de contrôle vise à prévenir une atteinte à l'ordre public, tout particulièrement à la sécurité

Déontologie et sécurité

des personnes et des biens. Programme aussi vaste que mouvant comme en témoignent les nombreuses évolutions textuelles qui ont affecté les contrôles préventifs depuis leur consécration par la loi « sécurité-liberté » du 2 février 1981. Au lendemain de l'alternance politique de mai 1981, le législateur a souhaité restreindre les possibilités de contrôles d'identité préventifs en les limitant à la fois dans le temps et dans l'espace. Adoptée à l'initiative de Gaston Deferre, la loi du 10 juin 1983 est venue consacrer cette idée en exigeant que ces contrôles ne soient effectués que « dans des lieux déterminés où la sûreté des personnes et des biens se trouve immédiatement menacée ». Très vite, il est apparu que cette modification rédactionnelle réduisait les contrôles préventifs à de trop étroites limites. Aussi, pour leur redonner un second souffle, une loi du 3 septembre 1986 est-elle revenue à la conception originelle de ce contrôle. Toutefois, dans un arrêt important du 10 novembre 1992, la Cour de cassation a sensiblement réduit la portée de cette réforme en exigeant que l'atteinte à l'ordre public (que le contrôle vise à prévenir) soit « directement rattachable au comportement de la personne dont l'identité est contrôlée ». Cela revenait à nier l'autonomie des contrôles préventifs par rapport aux contrôles de police judiciaire. Il faudra attendre la réforme issue de la loi du 10 août 1993 pour que cette résistance jurisprudentielle soit finalement vaincue. S'il est aujourd'hui détaché du comportement de l'individu interpellé et peut s'appliquer à toute personne indistinctement, le contrôle préventif ne relève aucunement d'une mesure discrétionnaire. Pour éviter les risques d'arbitraire et d'abus d'autorité, tout contrôle préventif doit s'appuyer sur des circonstances particulières établissant avec objectivité la réalité du risque sérieux et actuel d'atteinte à l'ordre public. Dégagées par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 93-323 DC du 5 août 1993, ces exigences ont été réaffirmées au cours de l'année écoulée, dans un contexte de menace terroriste élevée. Dans une décision importante du 13 septembre 2017 (pouvoir n°16-22967), la première chambre civile de la Cour de cassation a en effet considéré qu'un contrôle d'identité préventif était dépourvu de base légale lorsqu'il reposait exclusivement sur des références abstraites au plan Vigipirate - élevé au niveau attentat - et à l'état d'urgence. En l'absence de circonstances particulières constitutives d'un risque d'atteinte à l'ordre public, point de contrôle d'identité préventif valable. Constatées objectivement,

Déontologie et sécurité

ces circonstances particulières doivent être suffisamment précises et figurer sur le procès-verbal retraçant le déroulement des opérations subséquentes de vérification d'identité ou d'interpellation.

Du gouvernement des juges à la conversation des juges

Soulignons à cet égard le fameux « dialogue des juges » et la convergence des jurisprudences judiciaires et constitutionnelles. Dans une décision n°2017-677 QPC du 1^{er} décembre 2017, les Sages de la rue de Montpensier se sont en effet prononcés sur les contrôles d'identité sur réquisitions préfectorales institués par la loi n°2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n°55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence. Par le jeu combiné de ces deux lois (art. 8-1), dans les zones dans lesquelles l'état d'urgence a été déclaré, le préfet pouvait autoriser, par décision motivée, les officiers de police judiciaire et, sous leur responsabilité, les agents de police judiciaire et certains agents de police judiciaire adjoints, à procéder à des contrôles d'identité. La Ligue des droits de l'Homme reprochait à ces dispositions de permettre qu'il soit ainsi procédé à ces mesures, sans que la décision d'y recourir soit subordonnée à des circonstances ou à des menaces particulières ni qu'un contrôle juridictionnel effectif puisse s'exercer à leur encontre. Dans sa décision précitée du 1^{er} décembre 2017, le Conseil constitutionnel rappelle que la Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence. Il appartient cependant au législateur, dans ce cadre, d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République. Parmi ces droits et libertés figurent la liberté d'aller et de venir, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et le droit au respect de la vie privée, protégé par le même article 2. Examinant à la lumière de ces règles constitutionnelles les dispositions contestées, le Conseil constitutionnel relève que, si celles-ci font obligation au préfet de désigner précisément les lieux concernés par ces opérations, ainsi que la durée pendant laquelle elles sont

Déontologie et sécurité

autorisées, qui ne peut excéder vingt-quatre heures, et si elles rendent applicables à ces opérations certaines des garanties applicables aux inspections, fouilles et visites réalisées dans un cadre judiciaire, il peut être procédé à ces opérations, dans les lieux désignés par la décision du préfet, à l'encontre de toute personne, quel que soit son comportement et sans son consentement. Le Conseil constitutionnel juge que, s'il est loisible au législateur de prévoir que les opérations mises en œuvre dans ce cadre peuvent ne pas être liées au comportement de la personne, la pratique de ces opérations de manière généralisée et discrétionnaire serait incompatible avec la liberté d'aller et de venir et le droit au respect de la vie privée. Or, en prévoyant que ces opérations peuvent être autorisées en tout lieu dans les zones où s'applique l'état d'urgence, le législateur a permis leur mise en œuvre sans qu'elles soient nécessairement justifiées par des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public dans les lieux en cause. Faute pour le législateur d'avoir assuré une conciliation équilibrée entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, et, d'autre part, la liberté d'aller et de venir et le droit au respect de la vie privée, le Conseil constitutionnel prononce alors logiquement la censure de l'article 8-1 de la loi du 3 avril 1955 (avec un report au 30 juin 2018 de la date d'abrogation des dispositions jugées inconstitutionnelles).

Quand les Sages murmurent aux oreilles de l'Autorité judiciaire

Au cours des deux dernières décennies, les contrôles d'identité se sont considérablement diversifiés : aux traditionnels contrôles de police judiciaire et de police administrative s'ajoutent aujourd'hui des contrôles tantôt sur réquisition judiciaire (voire préfectorale en application de la loi précitée n°2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'état d'urgence), tantôt dans certaines zones particulières. Deux notions à examiner tour à tour.

Inspirés des contrôles d'alcoolémie des automobilistes, les contrôles d'identité sur réquisition judiciaire (art. 78-2 al.7, Code de procédure

Déontologie et sécurité

pénale) sont parfois qualifiés d'« opérations coup de poing ». À la vérité, il s'agit davantage de « coups de pied » dans la fourmière du crime et de la délinquance. Sur réquisitions écrites aux fins de recherche et de poursuite d'infractions qu'il précise, le procureur de la République peut ordonner des contrôles d'identité d'une certaine envergure dans des lieux et pour une période de temps qu'il détermine. Cette disposition générale s'accompagne de règles plus spécifiques à certaines formes de délinquance. Ainsi, quand elles se rapportent aux infractions visées à l'article 78-2-2 du Code de procédure pénale (terrorisme, trafic de stupéfiants, vol, recel, infractions à la législation sur les explosifs et les armes, y compris celles de destruction massive), les réquisitions du parquet peuvent s'étendre à la fouille ou « visite » des véhicules se trouvant dans des lieux publics ou accessibles au public et même à l'inspection visuelle des bagages depuis peu. Prises en application de l'article 78-2-2 du Code de procédure pénale, les réquisitions judiciaires ne sauraient s'étendre au-delà de 24 heures sauf à être renouvelées sur décision expresse et motivée du Parquet. Partant, l'article 78-2-2 du Code de procédure pénale n'autorise pas le procureur de la République à organiser, par une réquisition unique, des contrôles d'identité répartis sur plusieurs jours (en ce sens, Crim., 13 septembre 2017, pourvoi n°17-83.986 : nullité de la réquisition adoptée par le Parquet de Caen visant à la mise en œuvre de contrôles d'identité et de visites de véhicules sur les communes de Ouistreham et Bénouville du 1^{er} janvier au 31 janvier 2017 de 7h à 10h, de 13h30 à 16h30 et de 19h à 23h, horaires définis en fonction des escales des navires de la Brittany Ferries). De même, lorsqu'elles visent à lutter contre le travail dissimulé ou clandestin, les réquisitions du Parquet autorisent les agents de la force publique à pénétrer dans les lieux à usage professionnel en vue de vérifier si les personnes employées figurent bien sur le registre du personnel (pour un exemple récent d'application de l'article 78-2-1 du Code de procédure pénale, Crim., 31 octobre 2017, pourvoi n°16-86894 : le procès-verbal de saisine doit clairement énoncer que les enquêteurs ont constaté que les personnes soumises à un contrôle d'identité étaient effectivement en action de travail au moment de l'opération de police). Pareillement, lorsqu'elles se rapportent au délit d'usage de produits stupéfiants susceptible d'être commis par certaines personnes (dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, personnel d'une

Déontologie et sécurité

entreprise de transport de marchandises ou de voyageurs exerçant des fonctions mettant en cause la sécurité du transport terrestre, maritime ou aérien), les réquisitions du procureur de la République permettent non seulement de pénétrer dans les lieux où s'exerce ledit transport, mais également de procéder, auprès des personnes soupçonnées de consommer des stupéfiants, à des épreuves de dépistage ainsi qu'à diverses vérifications médicales (art. L. 3421-5, Code de la santé publique). Qu'il s'attache ou non à des infractions légalement énumérées, ce nouveau type de contrôle dépasse les classifications traditionnelles. En ce qu'il est ordonné par un magistrat du Parquet, membre à part entière de l'autorité judiciaire (Cons. const., déc. n°2017-680 QPC du 8 décembre 2017), le contrôle sur réquisition se rapproche du contrôle de police judiciaire. Cependant, dans son exécution, il s'agit davantage d'un contrôle de police administrative en raison de son caractère indéterminé : en effet, l'identité de toute personne peut indistinctement être contrôlée dès lors qu'elle se trouve dans le périmètre spatial et temporel de la réquisition, étant par ailleurs précisé que si le contrôle vient à révéler des infractions autres que celles visées dans les réquisitions du Parquet, les procédures incidentes ne s'en trouvent pas pour autant viciées (art. 78-2, al. 2, *in fine*, Code de procédure pénale). Quand bien même seraient-ils prescrits par des magistrats du Parquet, membre de l'autorité judiciaire, les contrôles d'identité sur réquisitions ne sont pas sans danger pour les libertés individuelles. Aussi, la jurisprudence la plus récente a-t-elle posé certaines limites à leur mise en œuvre. Dans sa décision n°2016-606/607 QPC du 24 janvier 2017, le Conseil constitutionnel a ainsi apporté quelques précisions sur leurs modalités d'application tout en formulant les réserves suivantes. Pour les Sages de la rue de Montpensier, la mise en œuvre des contrôles d'identité confiés par la loi à des autorités de police judiciaire doit d'abord s'opérer en se fondant exclusivement sur des critères excluant toute discrimination de quelque nature que ce soit entre les personnes. À cette précision s'ajoutent deux réserves d'interprétation. En premier lieu, le procureur de la République ne peut retenir des lieux et périodes sans lien avec la recherche des infractions visées dans ses réquisitions. En second lieu, le procureur de la République ne peut, en particulier par un cumul de réquisitions portant sur des lieux ou des périodes différents, autoriser la pratique de contrôles d'identité généralisés dans le

Déontologie et sécurité

temps ou dans l'espace. Il revient naturellement à l'autorité judiciaire de contrôler la légalité des contrôles d'identité pratiqués, d'une part en censurant et en réprimant les illégalités qui seraient commises et, d'autre part, en réparant, le cas échéant, leurs conséquences dommageables.

L'ogre Schengen bientôt terrassé ?

Aux côtés des contrôles sur réquisition, le droit français connaît enfin des contrôles d'identité dans certaines zones, singulièrement dans les zones dites « Schengen ». Au lendemain des accords de Schengen (signés le 14 juin 1985), il est vite apparu que ce nouvel espace européen de libre circulation devait impérativement s'accompagner de mesures compensatoires pour pallier le déficit sécuritaire résultant de la suppression des contrôles systématiques aux frontières intérieures des États signataires. Aussi, le législateur français est-il intervenu (lois des 10 août 1993, 24 août 1993, 23 janvier 2006, 14 mars 2011, 30 octobre 2017) en organisant de nouveaux types de contrôles d'identité dans les zones particulièrement perméables à l'immigration clandestine et aux trafics illégaux.

Ces zones sensibles sont, d'une part, celles comprises entre les frontières terrestres de la France avec les États parties à la Convention de Schengen et une ligne tracée à 20 km en deçà, et, d'autre part, les espaces accessibles au public des ports, aéroports, gares ferroviaires (et ses abords) ou routières ouverts au trafic international et désignés par arrêté (en l'occurrence celui du 22 mars 2012). Dans toutes ces zones, auxquelles il faut désormais ajouter certaines sections autoroutières, certaines lignes ferroviaires effectuant une liaison internationale ainsi que certains espaces - vulnérables et sensibles - situés dans un rayon de 10 kilomètres autour des ports et aéroports constituant des points de passage frontaliers, les conditions du contrôle d'identité ont été longtemps d'une très grande souplesse. Jusqu'à une évolution récente, l'identité de toute personne pouvait en effet être contrôlée sans qu'il fut nécessaire qu'il existât une « raison plausible de la soupçonner » comme dans le cadre de la police judiciaire. Il n'était pas davantage

Déontologie et sécurité

nécessaire qu'il existât un « risque sérieux et actuel d'atteinte à l'ordre public », comme cela est la règle s'agissant des contrôles préventifs. Applicable à compter du 26 mars 1995, le contrôle « Schengen » était donc extrêmement souple et reposait sur le seul critère d'ordre géographique. Efficace sans doute... mais dans le même temps beaucoup trop simple d'utilisation au regard des libertés individuelles. Aussi, en réponse à deux questions préjudicielles posées par la Cour de cassation, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 22 juin 2010, aff. C-188/10, Melki et C-189/10, Abdeli) devait-elle estimer que les dispositions du Code de procédure pénale se rapportant au contrôle « Schengen » méconnaissaient le principe de libre circulation des personnes inscrit à l'article 67 § 2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Afin de tarir le flot des procédures annulées et de revivifier un contrôle d'identité frappé d'impuissance, le législateur (loi n°2011-267 du 14 mars 2011 et plus récemment loi n°2017-1510 du 30 octobre 2017) s'est alors efforcé d'en redessiner les contours dans le cadre serré tracé par la justice européenne. Dorénavant, le contrôle « Schengen » obéit à une finalité particulière qui dépasse la seule lutte contre l'immigration clandestine : il s'agit de « prévenir et de rechercher les infractions liées à la criminalité transfrontière », étant toutefois observé que la découverte d'une infraction autre que celle recherchée ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes. Le contrôle est, par ailleurs, encadré dans le temps : sa pratique ne peut excéder une amplitude horaire de douze heures consécutives dans un même lieu (contre seulement 6 heures au lendemain de la loi précitée du 14 mars 2011). Toutefois, des contrôles pratiqués sur des périodes trop rapprochées dans le temps ou sur des zones trop voisines (des quais de gare différents) présenteraient sans doute un caractère manifestement déloyal (V. en ce sens, à propos de contrôles d'identité opérés sur réquisitions, Civ. 1^{re}, 3 février 2010). Enfin, pour éviter tout effet équivalent à celui des vérifications aux frontières (prohibées dans l'espace Schengen), le contrôle ne peut consister en un contrôle systématique des personnes présentes ou circulant dans les zones susmentionnées : il doit s'agir, en d'autres termes, d'un contrôle aléatoire et non d'un contrôle généralisé.

Malgré ce resserrement des modalités du contrôle « Schengen », certaines expressions qui en conditionnent la mise en œuvre effective

Déontologie et sécurité

demeurent aujourd'hui encore fort énigmatiques : qu'est-ce donc qu'un « lieu » dans lequel le contrôle ne peut s'effectuer au-delà de 12 heures consécutives ? Un aéroport comportant plusieurs terminaux ne constitue-t-il qu'un seul lieu ? Les quais d'une gare constituent-ils autant de lieux distincts ? Les « abords d'une gare » comprennent-ils les voies de circulation attenantes à la gare ainsi que le parvis ? Toutes ces notions aux contours pour le moins imprécis résisteront-elles au jeu du « petit pont massacreur » des questions prioritaires de constitutionnalité ? Rien n'est moins sûr ...



Droit de l'espace numérique

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

JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

Conseil Constitutionnel, décision n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017

La consultation habituelle de sites à caractère terroriste incriminée par l'article 421-2-5-2 du Code pénal est contraire à la Constitution, car il crée un délit qui n'est ni nécessaire, ni adapté, ni proportionné.

La consultation habituelle des sites à caractère terroriste est d'abord retenue dans la législation comme élément constitutif de l'infraction d'entreprise terroriste individuelle (A). Puis, malgré l'opposition du gouvernement, elle est érigée en infraction autonome par la loi du 6 juin 2016 (B). Mais, par décision QPC du 10 février 2017, le Conseil constitutionnel la déclare contraire à la constitution (C). Quelques jours plus tard, dans le cadre de l'examen de la loi pour la sécurité publique, la commission mixte paritaire rétablit un article prenant en compte, selon ses auteurs, les considérants du Conseil constitutionnel (D). Finalement, saisi par une nouvelle QPC¹, le Conseil constitutionnel déclare le délit de consultation habituelle contraire à la Constitution (E).

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

S'agissant de contenus à caractère terroriste, la loi du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme ne crée pas une incrimination semblable à celle qui est en vigueur pour les sites pédopornographiques qui pénalise directement la consultation habituelle de sites. Mais celle-ci fait partie de la liste des faits matériels

1. Décision n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017.

Droit de l'espace numérique

qui, avec d'autres, sont les indices constitutifs de l'infraction d'entreprise individuelle définie par le nouvel article 421-2-6 du Code pénal.

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

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

[...]

2° l'un des autres éléments matériels suivants :

[...]

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

[...] »

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

B. L'infraction autonome

La consultation habituelle d'un service de communication au public en

Droit de l'espace numérique

ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations, soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes, est finalement incriminée par la loi du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale. Jean-Jacques Urvoas, alors garde des Sceaux, y était opposé, arguant que la consultation de sites djihadistes est déjà l'un des critères constitutifs d'une entreprise individuelle terroriste. Le droit en vigueur suffisait donc, selon lui, pour atteindre les objectifs visés par les auteurs de l'amendement. Le rapporteur du texte à l'Assemblée nationale, Pascal Popelin, avait lui-même émis des doutes sur sa constitutionnalité.

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

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

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

C. La censure par le Conseil constitutionnel

L'article 421-2-5-2. du Code Pénal est censuré par le Conseil

Droit de l'espace numérique

constitutionnel le 10 février 2017. Cet article a fait l'objet d'une QPC sur saisine de la Cour de cassation.

La Cour a considéré que cet article posait question :

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

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

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

En ce qu'il crée une rupture d'égalité entre les citoyens souhaitant bénéficier d'un accès à de tels services et ceux dits "de bonne foi" ou autorisés expressément par la loi,

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

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

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

Droit de l'espace numérique

liberté de diffuser et la liberté de recevoir des idées.

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

Tout d'abord, la nécessité de l'article contesté n'est pas fondée. Selon les Sages, la législation comprend un ensemble d'infractions pénales autres que celle prévue à l'article 421-2-5-2 qui permettent d'agir (association de malfaiteurs, provocation à la commission d'actes de terrorisme ou leur apologie, entreprise individuelle de terrorisme, etc.). Elle confère également de nombreux pouvoirs et capacités d'action à l'autorité administrative dans le cadre de la loi sur le renseignement (techniques spéciales de renseignement – Livre VIII titre V du Code de la Sécurité Intérieure). En matière de retrait, de blocage ou de déréférencement des sites à caractère terroriste, l'autorité judiciaire (art. 706-23 du CPP) et l'autorité administrative (art. 6-1 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique) ne sont pas dépourvues de moyens d'action. Le Conseil constitutionnel considère donc que la justice et les services de police et de gendarmerie disposent de suffisamment de moyens juridiques pour lutter contre des consultations de sites à caractère terroriste.

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

Chronique d'une inconstitutionnalité annoncée ! Lors de l'examen d'un projet de loi renforçant la prévention et la répression du terrorisme (projet déposé le 11 avril 2012 et caduc après les élections), le Conseil d'État, saisi pour avis, avait considéré que « *de telles dispositions, sans véritable précédent dans notre législation ni équivalent dans celles des autres États membres de l'Union européenne, permettraient d'appliquer*

Droit de l'espace numérique

des sanctions pénales, y compris privatives de liberté, à raison de la seule consultation de messages incitant au terrorisme, alors même que la personne concernée n'aurait commis ou tenté de commettre aucun acte pouvant laisser présumer qu'elle aurait cédé à cette incitation ou serait susceptible d'y céder. Le Conseil d'État a considéré que de telles dispositions portaient à la liberté de communication, dont une protection particulièrement rigoureuse est assurée tant par le Conseil constitutionnel que par la Cour européenne des droits de l'Homme, une atteinte qui ne pouvait être regardée comme nécessaire, proportionnée et adaptée à l'objectif de lutte contre le terrorisme ».

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

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

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

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

Le nouveau texte ne sanctionne plus la simple consultation : il faut qu'elle soit habituelle (inchangé) et s'accompagne, en plus, « d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ce service ». C'est une reprise mot à mot d'un des considérants de la décision QPC. Par ailleurs, il définit la notion de « motif légitime », lequel est

Droit de l'espace numérique

caractérisé « notamment » en cas de « consultation résultant de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervenant dans le cadre de recherches scientifiques ou réalisée afin de servir de preuve en justice ou le fait que cette consultation s'accompagne d'un signalement des contenus de ce service aux autorités publiques compétentes ». Selon les travaux parlementaires, l'individu qui consulte régulièrement de tels sites, mais qui « prend le soin d'en dénoncer l'existence aux officiers de police judiciaire », ne sera pas poursuivi. Le seul signalement à la plateforme PHAROS sera-t-il suffisant ?

La nature de la manifestation de l'adhésion à l'idéologie n'est pas précisée. La difficulté, comme le souligne le député Dominique Raimbourg, c'est de définir ce qu'est la « manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée » sur le service que consulte l'intéressé sur son ordinateur : « S'il est tout seul devant celui-ci, comment caractériser cette manifestation ? S'il n'est plus seul, il relève de l'apologie du terrorisme »². Le rapport de la commission mixte paritaire évoque, par exemple, « des correspondances avec des tiers les invitant à consulter ces mêmes sites ou faisant part de l'adhésion à cette idéologie, ou le fait que, pendant une perquisition, on trouve certains objets qui attestent de l'adhésion de l'individu à cette idéologie ».

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

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

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

Droit de l'espace numérique

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

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

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

N'ayant pas été déférée devant le Conseil constitutionnel par voie d'action, la loi a fait l'objet d'une QPC, voie d'exception, transmise par la Cour de cassation, le 4 octobre 2017³.

E. La QPC du 4 octobre 2017 : l'inconstitutionnalité définitive du délit

La Cour de cassation est saisie de l'examen d'une QPC qui repose sur plusieurs arguments :

L'article 421-2-5-2 est-il conforme à la Constitution :

³. Cass.crim., n°2518 du 4 octobre 2017, David X.

Droit de l'espace numérique

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

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

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

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

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

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

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

Droit de l'espace numérique

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

Pour François Sureau « *avec ce délit ressuscité, on se trouve affronté à une forme d'acharnement parlementaire qui confine à l'obstination déraisonnable, pour emprunter au champ lexical de la fin de vie⁴* ».

Le 15 décembre 2017, la sanction tombe à nouveau : l'article 421-2-5-2 du Code pénal, dans sa rédaction issue de la loi du 28 février 2017, est déclaré contraire à la Constitution.

Le Conseil s'appuie d'abord sur l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, selon lequel « *la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ». Les Sages considèrent « *qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services* ». Ce même considérant avait été énoncé par le Conseil, dans sa décision du 10 juin 2009⁵, à propos de la loi HADOPI I. Cette liberté comprend la liberté d'émettre ses opinions sur Internet et celle aussi de recevoir l'information. Il est repris dans la décision QPC du 10 février 2017.

En vertu de l'article 34 de la Constitution, le législateur peut édicter des règles pour lutter contre l'incitation et la provocation au terrorisme sur

4. François Sureau, avocat aux Conseils, plaidoirie du 4 décembre 2017 devant le Conseil constitutionnel.

5. Décision n°2009-577 DC du 3 mars 2009.

Droit de l'espace numérique

les services de communication au public en ligne. Cette lutte participe, en effet, de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public et de prévention des infractions, qui a une valeur constitutionnelle. Mais ces règles doivent être conciliées avec l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, écrire et imprimer. Le Conseil ne fait que rappeler ici sa jurisprudence constante en matière d'ordre public.

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

Pour réfuter la nécessité, il dresse l'inventaire de toutes les possibilités offertes par le droit existant, tant en ce qui concerne les articles répressifs que les techniques d'enquête à la disposition des enquêteurs.

S'agissant des incriminations, l'article 421-2-1 du Code pénal réprime le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un acte de terrorisme. L'article 421-2-4 du même Code sanctionne le fait d'adresser à une personne des offres ou des promesses, de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques, de la menacer ou d'exercer sur elle des pressions afin qu'elle participe à un groupement ou à une entente, prévus à l'article 421-2-1 ou qu'elle commette un acte de terrorisme. L'article 421-2-5 sanctionne le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes. L'article 421-2-5-1 réprime le fait d'extraire, de reproduire et de transmettre intentionnellement des données faisant l'apologie publique d'actes de terrorisme ou provoquant directement à ces actes afin d'entraver, en connaissance de cause, l'efficacité des procédures administratives de retrait, de blocage ou de déréfèrement. Enfin, l'article 421-2-6 réprime le fait de préparer la commission d'un acte de terrorisme, dès lors que cette préparation est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur et qu'elle est caractérisée par le fait de détenir, de se procurer ou de fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui, ainsi que par d'autres agissements tels que la consultation habituelle d'un ou de plusieurs services de communication au public en ligne provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme ou en

Droit de l'espace numérique

faisant l'apologie.

En ce qui concerne les techniques d'enquête - c'est-à-dire des investigations très intrusives dans la vie privée et placées sous le contrôle du juge des libertés et de la détention ou du juge d'instruction - le Conseil constitutionnel en dresse l'inventaire : interceptions de correspondances émises par voie de communication électronique, recueil des données techniques de connexion, de sonorisation, de fixation d'images et de captation de données informatiques. Le Conseil souligne par ailleurs que, sauf pour les faits d'apologie du terrorisme et de provocation (article 421-2-5 du code pénal), des dispositions procédurales spécifiques prévues en matière de garde à vue et de perquisitions sont applicables.

On imagine, devant une telle énumération, que les Sages vont écarter la nécessité de l'incrimination contestée.

Mais, pour mieux charpenter leur démonstration, ils rappellent aussi que le législateur a conféré à l'autorité administrative de nombreux pouvoirs afin de prévenir la commission d'actes de terrorisme. Ainsi, pour satisfaire cette finalité, la loi du 24 juillet 2015 autorise les services de renseignement à employer des techniques de renseignement, mentionnées au titre V du livre VIII du Code de la sécurité intérieure. Des procédures de retrait, de blocage et de déréférencement des sites de propagande terroriste sont prévues par le Code de procédure pénale (art.706-23 sur référé ou requête du juge judiciaire) ou en vertu des dispositions de l'article 6-1 de la loi du 21 juin 2004 (loi pour la confiance dans l'économie numérique), telles qu'elles résultent de la loi du 13 novembre 2014 relative au terrorisme. Le Conseil constitutionnel mentionne également les dernières dispositions offertes par la loi du 30 octobre 2017 autorisant notamment les visites administratives.

Ces derniers éléments donneront des arguments à ceux qui, non sans raison, observent depuis quelques années un déplacement du centre de gravité de la matière pénale vers la police administrative.

Ainsi, la décision du Conseil, pour contester la nécessité de l'article 421-2-5-2, considère que « les autorités administrative et judiciaire disposent, indépendamment de l'article contesté, de nombreuses

Droit de l'espace numérique

prérogatives, non seulement pour contrôler les services de communication au public en ligne provoquant au terrorisme ou en faisant l'apologie et réprimer leurs auteurs, mais aussi pour surveiller une personne consultant ces services et pour l'interpeller et la sanctionner lorsque cette consultation s'accompagne d'un comportement révélant une intention terroriste, avant même que ce projet soit entré dans sa phase d'exécution ».

S'agissant des exigences d'adaptation et de proportionnalité requises en matière d'atteinte à la liberté de communication, espérant écarter les critiques, objet de la QPC de février 2017, le législateur a ajouté à la consultation, comme élément constitutif de l'infraction, la manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ces services. Mais, pour le Conseil constitutionnel, cette consultation et cette manifestation ne sont pas susceptibles d'établir à elles seules l'existence d'une volonté de commettre des actes terroristes. L'exclusion de responsabilité pénale pour « motif légitime », alors que l'intention terroriste n'a pas été retenue comme élément constitutif de l'infraction, fait peser une incertitude sur la licéité de la consultation de certains services de communication au public en ligne et, en conséquence, de l'usage d'Internet pour rechercher des informations.

Il résulte de tout ce qui précède que les dispositions contestées portent une atteinte à l'exercice de la liberté de communication qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée.

La censure du Conseil constitutionnel peut se résumer ainsi : vous avez les moyens juridiques et techniques de prévenir et de réprimer les infractions de contenus. N'en rajoutez pas ! Si l'on veut empêcher la consultation habituelle, il suffit de poursuivre ceux qui créent les sites, de responsabiliser les diffuseurs. Le 2 janvier 2018, appliquant la décision du Conseil constitutionnel, le tribunal correctionnel de Strasbourg a relaxé un individu fiché S, incarcéré depuis le 29 novembre 2017, poursuivi pour avoir régulièrement consulté et téléchargé des vidéos sur des sites faisant l'apologie du terrorisme, notamment présentant des décapitations. *Dura non lex, sed lex.*

Droit de l'espace numérique

ACTUALITÉS DU NET

La neutralité du Net, un principe cardinal fragile

La neutralité du Net est un principe fondateur du Net qui interdit toute discrimination au profit d'un service au détriment d'un autre en lui donnant des vitesses de connexion plus élevées (A). Après des tergiversations, les États-Unis ont remis en cause ce principe par une décision de la Federal Communications Commission (FCC) du 14 décembre 2017 (B).

A. La neutralité du Net, principe fondateur garanti par l'Union européenne et la loi française

Sur la neutralité du Net, un des principes fondateurs porté par les pionniers du cyberspace, repose le caractère ouvert et non territorial d'Internet. Elle garantit le libre accès au réseau et l'absence de discrimination par les opérateurs, transmetteurs d'informations, dans le traitement, selon l'émetteur (particuliers ou acteurs économiques), le contenu, le type d'utilisation, la destination, l'équipement, le service ou l'application. Les flux ne doivent pas être bloqués, ni freinés, sauf circonstances exceptionnelles liées à des problèmes de sécurité ou de « surchauffe ».

L'augmentation exponentielle du nombre d'internautes et de leurs connexions est très consommatrice de bande passante. Si, à l'origine, Internet ne véhiculait que du texte, aujourd'hui les images et films constituent la majorité des transferts. Les sites de partage de vidéo (par ex. Youtube) sont ainsi très gourmands.

Accélérer le débit des uns, réduire celui des autres, telle est la solution avancée par des opérateurs qui justifient leur tentation de créer un Internet à deux vitesses par les coûts engendrés par le développement des réseaux. L'utilisateur serait mis à contribution, la gratuité n'étant

Droit de l'espace numérique

maintenue (hors abonnement) que pour les services ne requérant qu'un faible débit.

En France, le Conseil national du numérique (CNNum), dans son avis n°2013-1 du 1^{er} mars 2013 sur la neutralité du Net, estime que « le principe de neutralité valorise la liberté de création et d'innovation et contribue à la citoyenneté numérique. Son application doit être continuellement adaptée à l'innovation technologique, à la transition économique et à l'évolution des usages, notamment en direction des mobiles, du pair à pair et des objets connectés ».

Le Règlement sur le Marché unique des Télécommunications (règlement (UE) 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015⁶) est un texte garantissant la neutralité du Net, tout en acceptant des exceptions pour des « services spécialisés⁷ ». Ce règlement affirme pour la première fois le principe de la neutralité de l'Internet, selon lequel les données doivent être traitées à égalité (pas de privilège pour les services payants, pas de discrimination selon les contenus, selon l'émetteur, le récepteur, l'appareil, l'application). Ce texte s'applique directement sans transposition dans tous les États-membres, mais il ne peut avoir qu'une portée européenne.

L'article 40 de la loi pour une République numérique s'inscrit dans le droit fil des dispositions du règlement : il insère la définition européenne de la neutralité dans l'article L.33-1 du Code des postes et des communications électroniques.

6. Règlement (UE) n° 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un Internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et le règlement (UE) n° 531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union, dit « règlement marché unique des communications électroniques (MUCE).

7. Qui ne pourront être proposés que « si la capacité du réseau est suffisante pour les fournir en plus des services d'accès à l'internet et s'ils ne portent pas atteinte à la disponibilité ou à la qualité des services d'accès à internet ».

Droit de l'espace numérique

Art. L.33-1, Code des postes et des communications électroniques (modifié par la loi pour une République numérique – art.40)

« I.

[...]

q) La neutralité de l'internet, qui consiste à garantir l'accès à internet ouvert régi par le règlement (UE) 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communication électronique et le règlement (UE) n°531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communication mobiles à l'intérieur de l'Union ».

Certains États ont intégré dans leur législation le principe de la neutralité du Net. Au Brésil, l'ancienne présidente Dilma Rousseff avait signé le *Marco civil da Internet*, véritable « Constitution de l'Internet », le 22 avril 2014, lors de la cérémonie d'ouverture du NetMundial, à Sao Paulo. Malgré sa portée symbolique, cette manifestation internationale a déçu les partisans de la neutralité du Net en raison de l'absence de référence à ce principe dans la déclaration finale.

Les motivations économiques pourraient remettre en cause un des fondements d'Internet et créer une frontière séparant les utilisateurs venant s'ajouter à celles dressées par les États non démocratiques. La « balkanisation » du cyberspace, sa « fractalisation⁸ », pourrait être une des conséquences d'un repli protectionniste. C'est la situation à laquelle pourrait conduire la crise contemporaine, si les acteurs ne parviennent pas à construire une gouvernance d'Internet. Seule une gouvernance mondiale serait en mesure de mettre de l'ordre dans un cyberspace en voie de se cloisonner.

8. Selon l'expression de Bertrand de la Chapelle, ancien représentant français au sein de l'I.C.A.N.N.

Droit de l'espace numérique

B. L'ARCEP, autorité de contrôle du respect de la neutralité du Net

L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) veille au respect par les opérateurs du secret des correspondances et de leurs obligations en matière de qualité, de disponibilité, de sécurité et d'intégrité des réseaux et services de communication électronique (art L. 32-1 et L.33-1 du Code des postes et des communications électroniques). Elle veille aussi au respect par les opérateurs de leurs obligations en matière de conservation des données de connexion (art L.34-1 CPCE) et de mise en place des moyens d'interception de correspondance (art L.32-1 II 6°, art L.33-1 et D.98-7 CPCE). Elle dispose des moyens juridiques lui permettant de demander des informations aux opérateurs sur les pratiques de gestion de trafic qu'ils mettent en œuvre et de s'assurer qu'ils respectent le principe de neutralité. Les articles L. 32- 4 et L.32-5 du Code des postes et télécommunications électroniques précisent ses pouvoirs d'enquête.

C. La volte-face américaine

La FCC (Commission fédérale des communications) a autorisé, au début de l'année 2014⁹, les FAI à faire payer les usagers souhaitant un traitement préférentiel accélérant la délivrance de leurs contenus. Ainsi, le fournisseur de télévision en ligne américain Netflix a signé un contrat avec les opérateurs télécom américains Comcast et Verizon pour obtenir un débit privilégié. Les opérateurs qui tirent leurs revenus des grands fournisseurs de contenus pouvaient ainsi privilégier des sociétés comme Google, Skype, Facebook, Microsoft, etc. et, ainsi, accentuer leur position dominante sur le marché. La dimension économique d'Internet risquait de prendre le pas sur sa vocation

9. La loi encadrant la neutralité du Net a été jugée contraire à la Constitution américaine par la Cour d'appel du District de Columbia le 14 janvier 2014. La Commission fédérale des communications (FCC) était opposée au géant américain Verizon.

Droit de l'espace numérique

universaliste. Après « consultations » - en vérité une déferlante de quatre millions de commentaires négatifs sur le Web ou par mail - la FCC¹⁰ est revenue en arrière et a considéré Internet comme un « bien public » qui figure parmi les services de télécommunications. Le 26 février 2015, poussée par le président Obama, elle a défendu la neutralité du Net en renonçant aux voies rapides et à la discrimination des contenus, au grand dam des opérateurs (Verizon, Comcast) ou FAI (AT&T). Mais l'*Open Internet Order* qui en est résulté n'a pas résisté au changement de l'administration américaine.

Donald Trump, fraîchement élu, a nommé à la tête de la FCC, en janvier 2017, Ajit Pai, ancien conseiller juridique de Verizon, meilleure façon de mélanger les genres quand on connaît la position de cette entreprise. Ajit Pai considère depuis toujours la neutralité comme « un fardeau pour les fournisseurs ». Une consultation a été lancée en septembre 2017 qui a recueilli plus de 22 millions de contributions (dont près de 80 % issues de *bots*...). À cette occasion, l'initiative *The World for Net Neutrality*, soutenue par plus de 200 organisations, voulait peser sur la décision. Selon les signataires, « *un retour en arrière de la FCC sur les dispositions de la neutralité du net conférerait aux fournisseurs d'accès à internet américains comme AT&T, Comcast et Verizon de nouveaux pouvoirs pour contrôler internet* ». Mais cette action n'a pas eu les effets espérés.

Par trois voix contre deux, le 14 décembre 2017, la FCC est revenue sur sa position, pour la plus grande satisfaction du président américain qui en avait fait une affaire personnelle et les grands opérateurs de télécommunications justifiant la mesure par la nécessité de financer les grands investissements d'infrastructure.

Pour Eric Schneidermann, procureur général de l'État de New-York, « *la FCC a tout simplement offert en avance un cadeau de Noël aux grosses entreprises des télécoms, en donnant aux fournisseurs d'accès à Internet un nouveau moyen de favoriser le profit des entreprises au détriment des consommateurs. Ce retour en arrière donnera aux fournisseurs d'accès de nouvelles façons de contrôler ce que nous voyons, ce que nous faisons et ce que nous disons en ligne* ». Le procureur

Droit de l'espace numérique

devrait s'associer avec d'autres procureurs pour contester la décision de la FCC. 18 procureurs généraux s'y engageraient.

En France, sur BFM Business, Stéphane Richard, PDG d'Orange, a déclaré, le 11 décembre 2017, qu'il était favorable à la fin de la neutralité, en raison notamment de l'arrivée de la 5G en 2020. C'est dire si le risque de contagion est possible, sauf fermeté de l'UE et des autorités nationales, comme l'ARCEP. Lors de sa présentation de la stratégie internationale de la France pour le numérique, le 15 décembre 2017, Jean-Yves Le Drian, ministre de l'Europe et des Affaires étrangères, a rappelé que « *la France continuera à défendre le principe cardinal de la neutralité de l'Internet, alors que s'expriment aujourd'hui des volontés de la remettre en cause* ».

Actualité pénale

Par Mme Claudia Ghica-Lemarchand

PRINCIPE *NE BIS IN IDEM* – SANCTIONS PÉNALE ET FISCAL – CUMUL AUTORISÉ

Crim. 6 décembre 2017, n°16-81857, publ. Bull. à venir

Le gérant d'une société est poursuivi pour fraude fiscale en sa qualité de gérant de fait. Il soulève, aussi bien devant le tribunal correctionnel que devant la Cour d'appel, l'exception tirée du principe *Ne bis in idem*, puisque la société s'est déjà vue infliger une majoration des impôts de 40 % en sus des intérêts de retard pour les mêmes faits. Or, cette sanction, qualifiée formellement de sanction administrative, revêt incontestablement un caractère pénal. Elle fait ainsi obstacle à de nouvelles poursuites devant la juridiction pénale. Le juge rejette le principe *Ne bis in idem* qui suppose « une identité de parties, les personnes poursuivies devant être les mêmes et être citées sous la même qualité ». En l'espèce, seule la société a fait l'objet de sanctions fiscales, le gérant a été poursuivi à titre personnel devant le tribunal correctionnel. Le gérant forme un pourvoi en cassation fondé sur l'article 4 du protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'Homme, l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le principe *Ne bis in idem* doublement exploité. Le pourvoi est rejeté par la Cour de cassation.

D'une part, le gérant contestait le cumul de poursuites, alors que la sanction de majoration avait été prononcée à l'encontre de la personne morale. S'abritant derrière la jurisprudence européenne, la Chambre criminelle soutient le principe du cumul de sanctions prononcées distinctement à l'égard de la personne physique et de la personne morale, parfaitement compatible avec *Ne bis in idem*. Elle choisit des décisions rendues en matière fiscale, les références aux autres matières étant plus risquées - CEDH du 15 novembre 2016, A et B c. Norvège, n° 24130/11 et 29758/11 § 117 et CJUE du 5 avril 2017, C-217/15 et C-350/15, même s'il peut être noté qu'elle aurait pu utiliser son arrêt célèbre de référence CJUE 26 février 2013, Åkerberg Fransson, C 617/10, EU:C:2013:105, point 34. La Chambre criminelle

Actualité pénale

applique ici la règle de manière mécanique, à l'instar de la Cour de justice de l'Union européenne qui avait considéré que « selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le fait d'infliger des sanctions tant fiscales que pénales n'est pas constitutif d'une violation de l'article 4 du protocole n° 7 à la CEDH, lorsque les sanctions en question concernent des personnes, physiques ou morales, juridiquement distinctes » et qu'il n'y a pas lieu d'examiner les autres conditions d'application de l'article 50 de la Charte. Soit, les références jurisprudentielles sont convaincantes et parfaitement choisies, en revanche, la référence de la Chambre criminelle à « l'interdiction d'une double condamnation en raison de mêmes faits », (« prévue par l'article 4 du protocole n°7, additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, ne trouve à s'appliquer, selon la réserve émise par la France, que pour les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale et n'interdit pas le prononcé de sanctions fiscales parallèlement aux peines infligées par le juge répressif ; que contrairement à ce que soutient le demandeur, cette réserve n'est pas remise en cause par la Cour européenne des droits de l'homme ») est discutable. Les juges européens soumettent la validité de la réserve à la nature des sanctions infligées. L'interdiction vaut pour le cumul de sanctions de même nature. Or, la Cour européenne a adopté une définition autonome de la peine et de la matière pénale. Ainsi, une sanction expressément qualifiée de nature administrative ou civile par le législateur interne peut être requalifiée en sanction pénale par la Cour européenne en raison de sa nature, du but poursuivi ou de la gravité. La réserve n'est pas une protection absolue et les soubresauts en matière boursière ayant conduit à la mise à l'écart de la réserve formulée par l'Italie, pourtant identique à la réserve française, cela a entraîné une réforme de la sanction des abus de marché en France.

D'autre part, le gérant contestait le fait d'avoir été condamné solidairement avec la société dont il était le dirigeant de fait au paiement des droits fraudés et des pénalités y afférentes. La Chambre criminelle considère que « le prononcé de la solidarité, [...], ne revêtant pas le caractère d'une punition » ne contrevient pas aux dispositions conventionnelles invoquées, puisque c'est « une possibilité que les juges tiennent de la loi ».

Actualité pénale

La décision de la Cour de cassation est en parfaite conformité avec la jurisprudence européenne et constitutionnelle en matière fiscale. L'affaire qui a été jugée par la Cour de cassation a donné lieu à une décision du Conseil constitutionnel qui avait été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité sur ces problèmes. Dans sa décision n° 2016-555 QPC du 22 juillet 2016, le Conseil constitutionnel avait donné un satisfecit de constitutionnalité au système de cumul de majoration fiscale et de poursuites pénales au motif que les « dispositions contestées, telles qu'interprétées par une jurisprudence constante, qui n'instituent aucune sanction, ne méconnaissent pas le principe de nécessité des peines ». Mais il faut se garder pour autant d'enterrer le principe *Ne bis in idem* en toute matière et de tirer des conclusions hâtives.

VIOLENCES – AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE AU PÉNAL SUR LE CIVIL

Crim. 5 décembre 2017, n° 17-80688, publ. Bull. à venir

Une rixe éclate dans un débit de boissons opposant l'employeur à un de ses anciens salariés. Une expertise médicale est ordonnée en vue d'établir les dommages imputables à chacun des deux individus. Les deux sont déclarés coupables de violences contraventionnelles réciproques et leurs constitutions de partie civile respectives recevables et bien fondées. Le tribunal correctionnel exclut le partage de responsabilité et octroie une réparation à l'employeur pour fracture de la main droite. Les deux personnes interjettent appel. La chambre correctionnelle de la Cour d'appel considère que la personne condamnée « ne pouvait actuellement contester un lien de causalité entre les lésions subies et son préjudice ou alléguer une faute de la victime » et confirme la réparation. La personne condamnée aux dommages et intérêts forme un pourvoi en cassation. La Cour d'appel a conféré à un jugement avant dire droit ordonnant une expertise l'autorité de la chose jugée, alors qu'il en est dépourvu. De surcroît, l'expertise devait déterminer l'origine et la responsabilité des blessures puisque la victime avait

Actualité pénale

déclaré se les être infligées elle-même en frappant son adversaire. La Chambre criminelle de la Cour de cassation casse la décision sur les intérêts civils sur le fondement du principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, tout en précisant son étendue. « En application de ce principe, si la responsabilité civile du prévenu reconnu définitivement coupable de contravention de violences est acquise, le lien de causalité entre ces violences et les préjudices dont la partie civile demande réparation reste en discussion, dans la limite des faits constatés qui constituent le soutien nécessaire de la condamnation pénale ». L'application du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil impose aux juges de se conformer à la constatation de la responsabilité et ils ne peuvent pas modifier le constat des juges pénaux. En revanche, les juges statuant sur les intérêts civils déterminent librement l'étendue de la réparation. À cette fin, ils peuvent interroger tous les éléments de la cause et, notamment, les expertises qui permettent de déterminer le lien de causalité entre les violences et les préjudices.

INDÉPENDANCE DES MAGISTRATS DU PARQUET

Conseil constitutionnel n° 2017-680 QPC du 8 décembre 2017

Le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur une question prioritaire de constitutionnalité posée par l'Union syndicale des magistrats qui soutient l'inconstitutionnalité de l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 disposant « Les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des Sceaux, ministre de la Justice. À l'audience, leur parole est libre ». Le syndicat estime que ces dispositions sont contraires, principalement, aux principes d'indépendance de l'autorité judiciaire et de séparation des pouvoirs et, accessoirement, au droit à un procès équitable et aux droits de la défense. Le Conseil constitutionnel déclare les dispositions conformes à la Constitution en mobilisant plusieurs normes de référence – l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (le principe de la séparation des pouvoirs), l'article 20 de la

Actualité pénale

Constitution (le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation, notamment en ce qui concerne les domaines d'action du ministère public), l'article 64 de la Constitution (le président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire, à laquelle appartiennent les magistrats du ministère public, leur garantissant le droit d'exercer librement leur action devant les juridictions, en recherchant la protection des intérêts de la société), les articles 64 et 65 de la Constitution (le statut et les garanties offertes aux magistrats du siège et du parquet). De l'ensemble de ces dispositions, le Conseil constitutionnel déduit que « la Constitution consacre l'indépendance des magistrats du parquet, dont découle le libre exercice de leur action devant les juridictions, que cette indépendance doit être conciliée avec les prérogatives du Gouvernement et qu'elle n'est pas assurée par les mêmes garanties que celles applicables aux magistrats du siège ». Il n'est pas question de dessiner une distinction entre les deux corps, mais les fonctions différentes assumées, notamment en rapport avec d'autres institutions de l'État, ne permettent pas d'aligner leurs statuts et les protections dont ils disposent. Le raisonnement du Conseil constitutionnel est intéressant, car il ne part pas du statut pour examiner la conformité à la Constitution, mais des missions assumées pour déterminer le statut nécessaire.

La QPC conteste la constitutionnalité de l'autorité du garde des Sceaux sur les membres du Parquet. Le Conseil constitutionnel rappelle le détail des prérogatives exercées par le ministre à l'égard des membres du ministère public (pouvoir de nomination et de sanction, après avis du Conseil supérieur de la magistrature, « instructions générales de politique pénale, au regard notamment de la nécessité d'assurer sur tout le territoire de la République l'égalité des citoyens devant la loi » que le Parquet doit mettre en œuvre). En contrepartie, le Parquet dispose d'un certain nombre de protections et garanties rappelées par le Code de procédure pénale – il ne peut lui être adressé aucune instruction individuelle, le principe d'impartialité qui le conduit à requérir l'application de la loi, « il développe librement les observations orales qu'il croit convenables au bien de la justice », il veille « à ce que les investigations de police judiciaire tendent à la manifestation de la vérité et qu'elles soient accomplies à charge et à décharge », le principe de l'opportunité des poursuites qu'il apprécie librement. L'ordonnance du

Actualité pénale

22 décembre 1958 renforce le statut du ministère public en disposant « que, devant toute juridiction, la parole des magistrats du parquet à l'audience est libre », puisant son inspiration dans l'adage « la plume est servie, mais la parole est libre ». D'autorité, le Conseil constitutionnel décide que « les dispositions contestées assurent une conciliation équilibrée entre le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire et les prérogatives que le Gouvernement tient de l'article 20 de la Constitution » et qu'elles « ne méconnaissent pas non plus la séparation des pouvoirs », « pas non plus le droit à un procès équitable ni les droits de la défense ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit ». Si le rappel des dispositions sur lesquelles la décision se fonde est convaincant, la motivation de la décision est absente et ne saurait emporter l'adhésion.

La décision du Conseil constitutionnel du 8 décembre 2017 est conforme à la position qu'il exprimait déjà dans ses décisions précédentes du 11 août 1993 et 30 juillet 2010 dans lesquelles il affirmait déjà que « l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet ». Il s'oppose ainsi frontalement à la position exprimée par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH 10 juillet 2008 et 29 mars 2010 *Medvedyev c/ France* et CEDH 23 novembre 2010 *Moulin c/ France*). Il est intéressant de remarquer que le Conseil procède par affirmation d'autorité, mais que son arrêt contient, en filigrane, un certain nombre d'arguments permettant de justifier la différence de traitement entre les membres du siège et du Parquet, même s'ils appartiennent tous également à l'autorité judiciaire. De par les missions qui leur sont confiées par la loi, leur indépendance et statut ne sauraient être identiques - leur protection « n'est pas assurée par les mêmes garanties que celles applicables aux magistrats du siège ». Si les magistrats du siège sont mieux protégés que les magistrats du Parquet, c'est parce que ces derniers mettent en œuvre la politique pénale définie par le Gouvernement et, à ce titre, il doit y avoir une coordination. Or, pour qu'il y ait une coordination, il faut qu'il y ait une seule personne aux commandes et c'est le garde des Sceaux. Il ne s'agit pas d'une entorse à l'indépendance de l'autorité judiciaire, ni à la séparation des pouvoirs, mais une articulation cohérente des actions et fonctions. Le Conseil constitutionnel ne répond pas ouvertement à la critique du manque d'indépendance, mais donne les arguments

Actualité pénale

nécessaires pour la contrecarrer. Il choisit d'aller encore plus loin. La CEDH a dénié l'appartenance du ministère public à l'autorité judiciaire par manque d'indépendance, mais aussi d'impartialité. Le Conseil constitutionnel semble anticiper cette critique qui n'est nullement formulée par la QPC. Il rappelle les nouvelles règles d'impartialité qui s'imposent directement au Parquet, mais aussi indirectement, en veillant à ce que l'enquête de police se fasse à charge et à décharge. Le ministère public exerce librement son action, conforté par la liberté de parole dont il dispose à l'audience, car il recherche la protection des intérêts de la société. Le Conseil adopte un raisonnement utilitariste et ne campe pas sur une position dogmatique. Il interroge les fonctions et les raisons d'être des deux corps de magistrats avant de procéder à un alignement statutaire. Si une réforme du Parquet est attendue, il n'est pas certain qu'elle aille dans le sens d'une rupture du lien hiérarchique entre le ministère public et son ministre.

SÉPARATION DES FONCTIONS – PROCÉDURE DE SANCTION DEVANT L'AUTORITÉ DE CONTRÔLE DES NUISANCES AÉROPORTUAIRES

Conseil constitutionnel n° 2017-675 QPC du 24 novembre 2017

L'Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires, instituée par l'article L. 6361-1 du Code des transports, est une autorité administrative indépendante compétente en matière de lutte contre les nuisances engendrées par le transport aérien. Elle est dotée d'un pouvoir de sanction et peut, à ce titre, prononcer des amendes administratives à l'encontre de la personne exerçant une activité de transport aérien. Une QPC soutient la violation de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et du principe de la séparation des pouvoirs, puisque la procédure ne garantirait pas « la séparation entre les fonctions de poursuite et d'instruction, d'une part, et les fonctions de jugement, d'autre part ».

Le Conseil constitutionnel commence par rappeler que « le principe de la séparation des pouvoirs, ni aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne font obstacle à ce qu'une autorité administrative

Actualité pénale

indépendante, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission, dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis ». Cependant, il constate, qu'en l'espèce, dans le cadre d'une procédure de sanction, le président dispose du pouvoir d'opportunité des poursuites des manquements constatés alors qu'il est également membre de la formation de jugement de ces mêmes manquements, ce qui constitue une méconnaissance du principe d'impartialité.

Le Conseil constitutionnel déclare la procédure devant l'Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires inconstitutionnelle, mais choisit de reporter les effets de sa décision au 30 juin 2018, compte tenu « des conséquences manifestement excessives » qu'elle aurait.

INTERCEPTION DE CORRESPONDANCES ÉMISES À PARTIR D'UN BOÎTIER IMEI

Crim. 28 novembre 2017, n° 17-81736

L'Office central de répression du trafic de stupéfiants a initié une enquête préliminaire à la suite d'un renseignement relatif à un trafic de cocaïne de synthèse, enquête qui a laissé apparaître des soupçons d'organisation à l'encontre d'une personne qui était détenue pour une autre cause. Une information a été ouverte et le juge d'instruction a délivré une commission rogatoire visant les articles 18, 81, 100, 100-1 et suivants et 151 du Code de procédure pénale en vue de procéder à « l'interception, l'enregistrement et la transcription des correspondances émises par la voie de la ligne téléphonique à partir du boîtier IMEI dont le numéro d'identification était précisé », pendant quatre mois. Ce dernier avait été communiqué par la brigade des stupéfiants, sans qu'il soit possible de savoir comment ils l'avaient obtenu, mais en sachant que la personne visée utilisait plusieurs cartes SIM pour le même boîtier. L'interception de toutes les lignes associées au boîtier surveillé a permis de dresser un récapitulatif des liaisons passées, d'identifier deux

Actualité pénale

lignes téléphoniques, de demander aux opérateurs privés la communication de l'identité des titulaires et les fadettes géolocalisées, de retranscrire par procès-verbal les conversations interceptées. La personne visée par les réquisitions a demandé la nullité des interceptions pour « l'illégalité de l'interception des correspondances émises à partir d'un boîtier de téléphone, réalisées notamment au moyen d'un dispositif technique prévu par l'article 706-95-5 du code de procédure pénale, avant l'entrée en vigueur de la loi du 3 juin 2016 ». La chambre de l'instruction refuse la nullité des interceptions. Elle se place sur le terrain juridique des interceptions de correspondances émises des lignes successivement identifiées à partir du numéro IMEI attribué à la personne visée, donc les articles 100 et suivants, et considère que les enquêteurs n'ont pas agi « en se servant des dispositifs techniques dont l'utilisation est désormais autorisée et strictement encadrée, dans le cadre juridique d'une enquête, par le nouvel article 706-95-5 du code de procédure pénale ».

La personne forme un pourvoi en cassation fondé sur la violation du Code de procédure pénale, ainsi que de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme garantissant l'intimité de la vie privée, et soutient trois critiques. D'une part, l'article 8 de la CEDH autorise l'ingérence dans la vie publique à condition qu'elle soit prévue par la loi. Or, l'interception de toutes les lignes associées à un boîtier de téléphone n'avait pas de base légale en droit français, les articles 100 et suivants du Code de procédure pénale visant expressément l'interception de correspondances émanant d'une ligne téléphonique précisément identifiée. D'autre part, à admettre que ce dispositif légal était applicable, il exige une autorisation spéciale pour chaque ligne interceptée, ce qui était absent en l'espèce. Enfin, le dispositif technique utilisé s'apparente à l'usage d'un IMSI catcher, réglementé par la loi du 3 juin 2016, qui a pour fonction de collecter l'identifiant IMEI d'un boîtier de téléphone, qui pourrait expliquer l'identification du terminal et sa communication au juge d'instruction. Or, l'article 706-95-5 du Code de procédure pénale n'existait pas à l'époque des faits et rendait l'utilisation de ces informations illégale.

La Chambre criminelle rejette le pourvoi. Elle considère que « le dispositif ainsi mis en place, au moyen de réquisitions à des opérateurs privés de télécommunications, ne constitue pas un appareil ou un

Actualité pénale

dispositif technique entrant dans les prévisions des articles 706-95-4 et suivants, issus de la loi du 3 juin 2016 ». Elle se place expressément sur le terrain des articles 100 et suivants du Code de procédure pénale, puisque les actes se sont limités à l'interception des communications des seules lignes téléphoniques identifiées à partir du boîtier de téléphone, dont le numéro d'identification était précisé, et qui avait été désigné par les enquêteurs au juge d'instruction comme étant en possession de la personne intéressée.

Si la décision semble contestée sur le plan technique, sur le plan juridique, elle apporte deux précisions intéressantes. D'une part, l'interception de correspondances relève du système classique des écoutes téléphoniques et le progrès technique ne rend pas obsolète le régime juridique applicable à des actes d'investigation. D'autre part, la Cour de cassation apprécie les actes d'interception à proprement parler et ne se penche pas sur des actes antérieurs, comme voulait l'y entraîner le pourvoi, ayant permis l'identification du terminal téléphonique.

PREMIÈRE CONVENTION JUDICIAIRE D'INTÉRÊT PUBLIC

CJIP 14 novembre 2017, HSBC

En novembre 2014, HSBC Private Bank Suisse a été mise en examen des chefs de démarchage financier illicite et blanchiment aggravé de fraude fiscale pour avoir démarché des contribuables français sur le territoire français en vue de leur apporter un concours leur permettant de se soustraire au paiement de l'impôt. La banque a accepté de conclure la première convention judiciaire d'intérêt public, dispositif introduit par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi Sapin 2. Cette dernière crée un nouvel article 41-1-2 dans le Code de procédure pénale permettant de proposer à des personnes morales mises en cause pour des faits de corruption, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, de conclure une

Actualité pénale

convention judiciaire d'intérêt public imposant une ou plusieurs des obligations : une amende d'intérêt public, un programme de mise en conformité destiné à s'assurer de l'existence et de la mise en œuvre d'un programme de mise en conformité destiné à lutter contre la corruption, composé d'un code de conduite, d'un dispositif d'alerte interne, de procédures d'évaluation de la situation des clients, de procédures de contrôle comptable, d'un régime disciplinaire permettant la sanction de salariés violant le code de conduite, etc. « Le montant de cette amende est fixé de manière proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés, dans la limite de 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat de ces manquements » et le versement peut être échelonné sur une durée maximale d'un an. Le ministère public propose la convention à la personne morale. En cas d'acceptation, le président du Tribunal de grande instance, lors d'une audience contradictoire, peut la valider. « L'ordonnance de validation n'emporte pas déclaration de culpabilité et n'a ni la nature ni les effets d'un jugement de condamnation » et n'est pas inscrite au bulletin n° 1 du casier judiciaire.

Le Parquet national financier a proposé la première convention judiciaire d'intérêt public à HSBC qui l'a signée le 30 octobre 2017 et le président du TGI de Paris l'a validée le 14 novembre 2017. Il est important de noter qu'elle repose sur la qualification de blanchiment, connexe aux infractions de corruption qui sont la première cible du dispositif. L'amende mise à la charge de HSBC est de 300 millions d'euros. Si le montant a été critiqué par certains, qui le comparent au montant soustrait à l'impôt qui est de 1,6 milliard d'euros et qui aurait pu aboutir, en application de l'article 324-3 du Code pénal, à une amende « jusqu'à la moitié de la valeur des biens ou des fonds sur lesquels ont porté les opérations de blanchiment », donc 800 millions d'euros, il correspond à la restitution des profits indus et des pénalités infligées à la banque en raison de sa coopération minimale et la fraude organisationnelle qui caractérisait le montage. Un procès aurait permis d'obtenir une somme supérieure, mais l'affirmation est entachée d'incertitude et serait intervenue au terme d'une procédure longue et coûteuse pour l'État. HSBC n'a pas utilisé son droit de rétractation qui court dix jours après l'ordonnance de validation. Cette première application de la CJIP est

Actualité pénale

importante pour la France qui transpose un système de transaction dans le cadre de sa procédure pénale qui n'est pas naturellement tournée vers ces mécanismes, mais qui les utilise massivement ces dernières années, que ce soit à l'encontre des personnes physiques ou morales. Ainsi, elle indique à ses partenaires anglo-saxons et aux systèmes de *common law* qu'elle peut utiliser les mêmes mécanismes que ceux qu'ils utilisent à l'encontre des délinquants, indépendamment de leur nationalité.

PRINCIPE NE BIS IN IDEM – DOUBLE CONDAMNATION POUR ASSOCIATION DE MALFAITEURS ET TENTATIVE D'ASSASSINAT EN MATIÈRE TERRORISTE

CEDH 20 mai 2017, Ramda c/ France

Rachid Ramda, ressortissant algérien, a été identifié comme responsable des huit attentats terroristes perpétrés en France en 1995 par le Groupement islamique armé, malgré une absence de revendication expresse et remis à notre pays par les autorités britanniques. Il a subi deux procédures. La première procédure correctionnelle définitive a déclaré Ramda coupable d'association de malfaiteurs dans le cadre d'une entreprise terroriste et l'a condamné à dix ans d'emprisonnement et une interdiction définitive du territoire français. Pour des attentats différents, Ramda a été mis en accusation devant la Cour d'assises spécialement composée, pour complicité de crimes d'assassinat, de tentatives d'assassinat, de destructions et dégradations par l'utilisation de substances explosives ayant entraîné la mort, la mutilation, l'infirmité permanente, des incapacités totales de travail de plus de huit jours, en relation avec une entreprise terroriste. Il a été condamné à la réclusion criminelle à perpétuité assortie d'une période de sûreté de vingt-deux ans, peine confirmée en appel. La Cour de cassation a rejeté son pourvoi, fondé notamment sur la violation du principe *Ne bis in idem*, en raison de sa condamnation correctionnelle antérieure. Il forme une requête devant la Cour européenne des droits de l'Homme alléguant à la fois de la violation de l'article 6 et des droits de la défense et de

Actualité pénale

l'article 4, protocole n° 7, et du principe *Ne bis in idem*.

En premier lieu, la CEDH considère que la procédure devant la Cour d'assises spécialement composée doit offrir les mêmes garanties que celles devant la Cour d'assises composée d'un jury populaire et permettre à l'individu de comprendre les raisons de sa condamnation. Les juges constatent qu'il y a eu une grande complexité de la procédure due à la pluralité des attentats, la multitude de victimes ayant subi des dommages différents. Mais les questions, par leur nombre et précision, formaient une trame apte à servir de fondement à la décision. Le requérant a disposé de garanties suffisantes lui permettant de comprendre le verdict de condamnation prononcé à son encontre, écartant de fait la violation de l'article 6 CEDH.

Ensuite, la Cour rappelle que le principe *Ne bis in idem* doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde « infraction », pour autant que celle-ci a pour origine des faits qui sont en substance les mêmes (Zolotoukhine c/ Russie). Or, la CEDH considère que les faits servant de fondements aux poursuites correctionnelles ne sont pas les mêmes que ceux ayant été poursuivis devant la Cour d'assises. La condamnation pour associations de malfaiteurs en lien avec une entreprise terroriste sanctionne le fait que le requérant était le maître d'œuvre d'une structure de financement des actions menées en France, qu'il était le principal agent de propagande du GIA destiné à renverser le pouvoir en Algérie en se servant de la mise en place de réseaux en France et en Belgique. La procédure criminelle sanctionnait sa participation aux trois attentats terroristes reposant sur des faits distincts. Les deux décisions s'appuient sur « des faits nombreux et détaillés qui sont distincts ». Par conséquent, il n'y a pas de violation du principe *Ne bis in idem*.

La CEDH saisit l'occasion pour rappeler qu'il est légitime que les États fassent preuve d'une grande fermeté à l'égard de ceux qui contribuent à des actes de terrorisme qu'elle ne saurait en aucun cas cautionner, qui constituent des violations graves des droits fondamentaux au regard de l'article 2 pour lesquels les États ont l'obligation de poursuivre et punir leurs auteurs, sous réserve de respecter les garanties procédurales des personnes concernées, comme cela a été le cas, en l'espèce.

Police administrative

Par M. Ludovic Guinamant

Contentieux des visas pour les auxiliaires étrangers de l'armée française en Afghanistan : le Conseil d'État précise les critères à prendre en compte pour délivrer les visas d'entrée

Conseil d'État, 7^{ème} chambre, 22 décembre 2017, n°406382, 406385, 408301 et 408780

Dans la veille juridique N°61 d'octobre 2017, nous commentions deux décisions du juge des référés du Conseil d'État statuant en appel de décisions du juge des référés du tribunal administratif de Nantes compétent pour statuer sur les recours contre les refus de délivrer des visas d'entrée en France. Le Conseil d'État a ainsi indiqué que le contentieux des anciens auxiliaires de l'armée française en Afghanistan ressortait généralement du contentieux de la preuve en droit administratif dont il faut rappeler qu'il s'agit d'un contentieux contradictoire dit de la preuve objective.

Par quatre décisions du 22 décembre 2017, le juge des référés a rejeté les demandes de plusieurs ressortissants afghans qui ont fait appel de ces décisions devant le juge des référés du Conseil d'État.

Dans l'affaire n°406382, M. C. avait sollicité des visas d'entrée en France pour lui, son épouse et ses trois enfants mineurs. Le Conseil d'État annule la décision du tribunal administratif de Nantes au motif que « M. C...a servi pendant plus de dix ans en qualité d'interprète auprès des forces françaises au sein de centres de formation et d'instruction des militaires afghans à Kaboul dans le cadre de l'opération Epidote ; qu'il a participé à des opérations sur le terrain avec les forces françaises dans la province de Kaboul ; qu'il fait valoir qu'il a fait l'objet de menaces de la part des talibans depuis la fin de son contrat et que, notamment, son véhicule a été attaqué ».

Police administrative

Le dossier n°408301 annule la décision du tribunal administratif en jugeant que « M. A... a servi en qualité d'interprète auprès des forces françaises, en étant rattaché au groupement tactique inter-armes de Kapisa ; qu'il a participé à des opérations sur le terrain avec les forces françaises ; qu'il fait valoir qu'il a fait l'objet de menaces qui l'ont obligé à déménager et à vivre reclus ; ». De même, le Conseil d'État annule la décision du juge administratif qui avait rejeté une demande de visas d'entrée pour M. C, son épouse et leurs trois enfants mineurs aux motifs que « M. C...a servi en qualité d'interprète pendant quinze mois auprès des forces françaises, au sein des " Police operational mentoring and liaison teams " (POMLT), équipes de tutorat et de liaison opérationnelle chargées de conseiller et de former les forces de police afghanes ; qu'il a été notamment affecté à la base de Tora ; qu'il y a exercé des activités opérationnelles aux côtés des unités affectées dans cette base ; qu'il fait valoir, sans être contredit, que ces missions l'ont exposé en le mettant au contact des populations, notamment lors de contrôles routiers ; qu'il affirme avoir fait l'objet de menaces tant à Kaboul que dans sa province d'origine ».

En revanche, en ce qui concerne le dossier n°406385, le Conseil d'État rejette la requête de M. A. qui avait sollicité des visas d'entrée en France pour lui, son épouse et sa fille majeure au motif que « M. A...a servi, entre le 4 décembre 2010 et le 28 février 2011, en qualité d'interprète et de traducteur auprès des forces françaises au sein de l'Intelligence Training Center, école de renseignement, à Kaboul, dans le cadre de l'opération Epidote ; que son fils s'est engagé dans la légion étrangère le 12 décembre 2012 ; que les consorts A...affirment avoir fait l'objet d'une agression et de menaces ; que toutefois, le ministre fait valoir que les fonctions de M.A..., qui ont consisté à effectuer la traduction technique de cours pendant une période de trois mois, ne l'ont pas exposé à la vue du public ; que le ministre conteste l'existence et la gravité des menaces dont les requérants affirment faire l'objet ».

Les éléments pris en compte pour le Conseil d'État sont par conséquent précisés dans les quatre décisions précitées.

En effet, un visa d'entrée peut être accordé compte tenu de trois

Police administrative

critères cumulatifs examinés par le juge : la durée de l'engagement de service au profit des forces militaires française, un emploi aux côtés des militaires engagés sur le terrain et l'existence non contestée de menaces sur le ressortissant étranger. Il convient également de souligner que le fait qu'un fils majeur d'un ressortissant afghan ait souscrit un engagement dans l'armée française, en l'espèce la légion étrangère, ne suffit pas à compenser une faible durée de service comme auxiliaire de l'armée française, l'absence d'engagement sur le terrain et la contestation par le ministère des Armées de l'existence et de la gravité des menaces pesant sur la famille des demandeurs de visas.

Le ministère de l'Intérieur est fondé à refuser la communication des noms des militaires et fonctionnaires travaillant au Centre automatisé de constatation des infractions routières (CACIR)

Conseil d'État, 10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies, 15 décembre 2017, n°405845

M. B. a saisi le Centre automatisé de constatation des infractions routières (CACIR), le 11 février 2015, d'une demande de communication de la liste des noms, prénoms, fonctions et numéros de matricules des agents, officiers, gendarmes et/ou policiers qui y sont affectés.

Une décision de refus est née du silence gardé par l'administration. Saisie par un courrier enregistré le 16 mars 2015 à son secrétariat, la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) a, le 23 avril 2015, estimé que ces documents revêtaient un caractère administratif et a émis un avis favorable à leur communication.

Le ministre de l'Intérieur se pourvoit en cassation contre le jugement du 14 octobre 2016 par lequel le tribunal administratif d'Amiens a annulé la décision de refus de communication, née du silence gardé par l'administration après l'avis favorable de la CADA.

Police administrative

Toutefois, le Conseil d'État annule la décision du tribunal administratif d'Amiens en considérant qu'une « telle communication était susceptible, eu égard à la qualité de fonctionnaires de police et de militaires de la gendarmerie des intéressés, de porter atteinte à la sécurité publique ou à la sécurité des personnes ».

Indemnisation des dommages commis à l'occasion de manifestations sur la voie publique : l'existence d'un groupe violent au sein d'une manifestation doit être établie

Conseil d'État, 5^{ème} chambre, 7 décembre 2017, n°400801

L'article L. 211-10 du Code de la sécurité intérieure prévoit que « l'État est civilement responsable des dégâts et dommages résultant des crimes et délits commis, à force ouverte ou par violence, par des attroupements ou rassemblements armés ou non armés, soit contre les personnes, soit contre les biens ».

Le Conseil d'État est venu préciser la portée de ces dispositions par un arrêt du 7 décembre 2017. En l'espèce, lors d'une manifestation organisée les 2 et 3 juillet 2015 à Saint-Lô, des agriculteurs ont déversé des débris et du fumier et brûlé des pneumatiques aux abords de sept ronds-points de la ville, ce qui a provoqué le blocage de la circulation sur certains axes et le 13 juillet suivant, des manifestants ont suspendu des mannequins à des réverbères situés aux abords de deux ronds-points de la même agglomération. La commune de Saint-Lô a alors saisi le préfet de la Manche d'une demande tendant au versement par l'État d'une indemnité de 9 460 euros, au titre des frais engagés pour nettoyer la voie publique.

En ce qui concerne les frais de nettoyage liés à la suspension de mannequins à des réverbères, le Conseil d'État juge que ces agissements ne sont pas constitutifs du délit de destruction, dégradation ou détérioration d'un bien appartenant à autrui puni par les dispositions

Police administrative

précitées du Code pénal et, par suite, n'engageaient pas la responsabilité de l'État au titre de l'article L. 211-10 du Code de la sécurité intérieure, laquelle ne concerne que les dommages résultant de crimes ou délits.

En revanche, le Conseil d'État annule la décision du tribunal administratif de Caen en ce qu'elle avait rejeté la demande indemnitaire résultant de la manifestation des 2 et 3 juillet 2015. En effet, le tribunal administratif avait jugé que les dégradations sur la voie publique commises à l'occasion de la manifestation qui s'était déroulée du 2 au 3 juillet 2015 présentaient un caractère organisé et prémédité. Or, le Conseil d'État rappelle qu'en « déduisant de cette seule circonstance que les dommages n'étaient pas le fait d'un attroupement ou d'un rassemblement (...) alors qu'il était constant que les dégradations avaient été commises dans le cadre d'une manifestation sur la voie publique convoquée par plusieurs organisations syndicales afin d'obtenir un relèvement du prix versé aux producteurs de lait, à laquelle avaient participé plusieurs centaines d'agriculteurs, et non par un groupe qui se serait constitué et organisé à seule fin de commettre des délits, le tribunal administratif a inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis ».

Le droit d'asile est une branche du droit administratif et non du droit pénal

Conseil d'État, 2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies, 4 décembre 2017, n°403454

M. A., officier des forces armées rwandaises, avait été affecté à sa sortie de l'École supérieure militaire en 1992 comme chef du deuxième peloton de la deuxième compagnie du bataillon para-commando avec le grade de sous-lieutenant. Blessé en février 1993, il avait été réorienté vers une formation à la gestion et à l'informatique destinée à faciliter son retour à la vie civile. Toutefois, au soir de l'attentat du 6 avril 1994 contre le président rwandais, il a été rappelé au service actif, a rejoint le

Police administrative

bataillon para-commando et y a servi entre le 10 avril et le 23 mai 1994.

M. A. a demandé à la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) d'annuler la décision du 30 septembre 2014 par laquelle le directeur général de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) a rejeté sa demande d'asile et de lui reconnaître la qualité de réfugié ou, à défaut, de lui accorder le bénéfice de la protection subsidiaire. Par une décision du 12 juillet 2016, la CNDA a annulé la décision du directeur général de l'OFPRA et lui a reconnu la qualité de réfugié au motif que la responsabilité personnelle et consciente de M. A. dans les crimes de génocide et les crimes contre l'humanité commis au Rwanda entre le 7 avril et le 17 juillet 1994 n'était pas établie.

Toutefois, le Conseil d'État, saisi par l'OFPRA, annule la décision de la Cour nationale du droit d'asile en considérant que, compte tenu des termes de l'article 1^{er} F de la Convention de Genève du 28 juillet 1951, il appartenait uniquement à cette dernière de rechercher si les éléments de fait résultant de l'instruction étaient de nature à fonder de sérieuses raisons de penser qu'il était personnellement impliqué dans ces crimes.

Cet arrêt du Conseil d'État rappelle à la CNDA que les magistrats ne doivent pas rechercher les éléments constitutifs d'une infraction qui pourraient s'opposer à la délivrance du statut de réfugié mais uniquement si les éléments produits permettent de caractériser la notion administrative de « *raisons sérieuses de penser* » que le demandeur a commis une infraction pénale.

Permis de conduire : la date de l'établissement de la réalité d'une infraction n'a pas d'incidence sur la récupération de points

Conseil d'État, 5^{ème} et 4^{ème} chambres réunies, 4 décembre 2017, n°402423

Mme A. a commis une infraction au Code de la route le 25 septembre

Police administrative

2013, dont la réalité a été établie le 29 octobre suivant par le paiement d'une amende forfaitaire entraînant le retrait d'un point à son permis de conduire. Mme A. a également commis une autre infraction au Code de la route avant le 29 octobre 2013 qui a été établie le 3 décembre 2013 par le paiement de l'amende forfaitaire.

Le 6 février 2015, le ministre de l'Intérieur a constaté que le permis de conduire de Mme A. avait perdu sa validité suite aux retraits de points consécutifs à cinq infractions au Code de la route. Mme A. conteste cette décision au motif que le ministre de l'Intérieur avait méconnu les dispositions de l'article L. 223-6 du Code de la route qui prévoit que « *si le titulaire du permis de conduire n'a pas commis, dans le délai de deux ans à compter de la date du paiement de la dernière amende forfaitaire, de l'émission du titre exécutoire de la dernière amende forfaitaire majorée, de l'exécution de la dernière composition pénale ou de la dernière condamnation définitive, une nouvelle infraction ayant donné lieu au retrait de points, son permis est affecté du nombre maximal de points. (...) Toutefois, en cas de commission d'une infraction ayant entraîné le retrait d'un point, ce point est réattribué au terme du délai de six mois à compter de la date mentionnée au premier alinéa, si le titulaire du permis de conduire n'a pas commis, dans cet intervalle, une infraction ayant donné lieu à un nouveau retrait de points* ».

La question posée au Conseil d'État concernait donc la date de la nouvelle infraction à prendre en compte pour suspendre le délai de six mois. Pour le ministre de l'Intérieur, il faut prendre en compte la date à laquelle la réalité de l'infraction a été établie alors que pour Mme A., il s'agit de la date à laquelle l'infraction a été commise.

Le Conseil d'État tranche la question dans le considérant de principe suivant : « *si, au cours d'une période de six mois à compter de la date du paiement de l'amende forfaitaire, de l'émission du titre exécutoire de l'amende forfaitaire majorée, de l'exécution de la composition pénale ou de la condamnation définitive qui a établi la réalité d'une infraction entraînant retrait d'un point du permis de conduire, le titulaire de ce permis n'a pas commis d'infraction entraînant retrait de point, le point retiré lui est réattribué ; que la circonstance que la réalité d'une autre*

Police administrative

infraction, commise avant le début de cette période de six mois, ait été établie au cours de celle-ci n'est pas de nature à faire obstacle à la restitution du point retiré ».

Droit des collectivités territoriales

Par M. Xavier Latour

Quelle place pour les agents de surveillance de la voie publique ?

La place des agents de surveillance de la voie publique (ASVP) fait couler de l'encre et pas seulement celle des autorités administratives. Ces dernières semaines, la presse régionale a relayé les critiques de syndicalistes des polices municipales qui dénoncent régulièrement une confusion entre les policiers municipaux et les ASVP.

La situation théorique des ASVP

En plus des policiers municipaux, les communes recrutent un nombre relativement important d'ASVP (7000 environ). S'ils sont agents publics, les ASVP ne relèvent pas d'un cadre d'emploi de la fonction publique territoriale. Formés par le Centre national de la fonction publique territoriale, ils sont soit contractuels, soit issus de cadres d'emploi administratif ou technique.

Contrairement aux policiers municipaux, leur situation ne relève pas du Code de la sécurité intérieure (CSI). Au contraire, plusieurs Codes les concernent (Code de la route, des assurances, des transports, de la santé publique, de l'environnement).

À titre principal et pour le moment, les ASVP assument essentiellement des missions de verbalisation du stationnement (arrêt ou stationnement gênant), ce qui les rend logiquement très visibles sur la voie publique. En revanche, ils ne participent pas au règlement de la circulation, pas plus qu'à des contrôles de vitesse.

Afin de verbaliser, les ASVP sont agréés par le procureur de la République et assermentés, sans être des adjoints de police judiciaire.

Afin de bien les distinguer des policiers municipaux qui, eux-mêmes, doivent être bien distingués des forces nationales, les ASVP portent un uniforme différent. La différenciation concerne, aussi, l'utilisation de véhicules de service. Ils n'ont d'ailleurs pas le droit de conduire les

Droit des collectivités territoriales

véhicules de la police municipale.

Les mairies choisissent librement la tenue. Cette liberté s'applique à l'identique à la carte professionnelle attribuée.

De plus, les ASVP ne sont jamais armés et seul le port des menottes est autorisé.

Pourtant, parce que ce cadre juridique manque de précision, l'emploi en pratique des ASVP s'éloigne apparemment de la théorie.

La situation pratique des ASVP

Nul ne conteste l'utilité des ASVP. Ils contribuent activement au bon fonctionnement des services municipaux, en particulier, de police municipale. Leur action de surveillance du stationnement décharge utilement les forces de sécurité.

La difficulté réside cependant dans une conception parfois extensive de leurs missions et une confusion volontairement ou involontairement entretenue avec les policiers municipaux. Le constat n'est pas nouveau. Depuis le début des années 2000, il est même récurrent. Par voie de circulaires et de réponses à des questions parlementaires, le ministre de l'Intérieur rappelle les règles applicables aux ASVP, apparemment sans être encore assez entendu.

La confusion concerne ainsi leur tenue, souvent très proche de celle des policiers et, indirectement, avec la police nationale. Une telle situation entretient la confusion dans l'esprit des administrés. Ces derniers rencontrent déjà des difficultés pour différencier les forces nationales des forces locales. La tendance s'accroît dans le cadre local.

L'extension de leurs missions suscite, elle aussi, des interrogations. Les syndicats les plus critiques n'hésitent pas à comparer les ASVP à des supplétifs des policiers municipaux. Ils dénoncent, par ailleurs, des utilisations à contre-emploi, à la limite de la légalité.

Les ASVP seraient trop souvent affectés à des activités d'ilotage, voire à des patrouilles mixtes avec des policiers municipaux. De là à évoquer

Droit des collectivités territoriales

une immixtion illégale et constitutive d'une infraction pénale dans des activités réservées à des fonctionnaires territoriaux, il n'y a qu'un petit pas à franchir.

Les évolutions législatives relatives à la dépénalisation du stationnement illicite n'arrangeront vraisemblablement pas la situation.

Dès 2018, les communes pourront confier la collecte des redevances d'occupation du domaine public par les conducteurs de véhicules à des sociétés privées. Dans ces conditions, la fonction première des ASVP risque de leur échapper.

Pour autant, ils ne semblent pas appelés à disparaître. Au contraire, plusieurs communes ont d'ores et déjà annoncé leur redéploiement au profit de missions plus axées sur la prévention des incivilités. La frontière avec les policiers municipaux deviendrait alors encore plus floue. La proximité ne constitue-t-elle pas le domaine de prédilection des polices municipales ?

Non seulement ces dernières vont devoir s'adapter à l'apparition de la police de sécurité du quotidien, mais encore ils seront contraints de composer avec des responsables administratifs et politiques éventuellement tentés de recourir à des personnels moins chers, car contractuels.

Si les partenariats entre les acteurs de la sécurité s'imposent comme une évidence, faut-il encore que la situation de chacun soit clairement définie. Or, le doute s'instille à propos des relations entre les policiers municipaux et les ASVP, alors qu'ils travaillent pour le même employeur.

Dans un contexte un peu confus, le ministère de l'Intérieur a, à juste titre, tenté de remettre de l'ordre. À cette fin, il a procédé par voie de circulaire.

La tentative de clarification

La circulaire du 28 avril 2017 (INTD1701897C) a pour objet de recadrer

Droit des collectivités territoriales

le rôle des ASVP.

Elle insiste sur les fonctions de police judiciaire qui leur sont ponctuellement confiées. Le texte recense les différentes compétences de verbalisation dans des domaines particuliers en insistant, évidemment, sur les infractions au Code de la route (stationnement), sans méconnaître la lutte contre les atteintes à l'environnement (police de la publicité et des enseignes, propreté des voies et des espaces publics, lutte contre les bruits de voisinage).

La circulaire rappelle que les ASVP ne sont pas autorisés à régler la circulation ni à verbaliser des piétons qui ne traverseraient pas sur les passages prévus à cet effet. Ils ne peuvent pas davantage immobiliser un véhicule.

Ainsi, les ASVP disposent de prérogatives de police judiciaire très limitées. Elles ne les autorisent qu'à recueillir les identités sans disposer d'un pouvoir de contrainte sur les contrevenants pour les obliger à les justifier.

Tout au plus et comme n'importe quel citoyen, ils peuvent intervenir en flagrance de crime ou de délit.

Par voie de conséquence, la circulaire rappelle l'interdiction de la mixité des patrouilles entre policiers municipaux et ASVP. Des prérogatives différentes expliquent cette exigence que certaines communes n'ignorent pas, mais contournent ouvertement sous couvert d'arguments juridiquement très contestables.

La circulaire essaie d'orienter les pratiques des communes en matière de cartes professionnelles, avec en annexe un modèle.

En raison des évolutions qui se profilent et des critiques récurrentes, la circulaire constitue-t-elle la formule la plus appropriée ? Dans la hiérarchie des actes administratifs, elle se situe à un niveau bien bas quand bien même elle contiendrait des dispositions impératives.

Dès lors, la question se pose, à nouveau, d'une intervention juridiquement plus efficace. Déjà, les réflexions sénatoriales sur la transformation des polices municipales en polices territoriales avaient offert l'occasion au législateur d'envisager une clarification de la situation juridique des ASVP. La proposition de loi qui en avait résulté, en 2014,

Droit des collectivités territoriales

contenait ainsi des dispositions les concernant. Cette direction semblait être la bonne.

La nécessité de remettre de l'ordre dans les pratiques municipales s'impose. En plus de l'éclatement des dispositions entre plusieurs Codes qui porte atteinte à l'accessibilité et à l'intelligibilité du droit, la confusion entretenue par certaines communes est contraire au principe de légalité.

La possibilité d'insérer dans le CSI des dispositions relatives aux ASVP semble donc être une voie raisonnable à suivre. Elle permettrait de mettre à plat les règles relatives aux uniformes et aux cartes professionnelles. Surtout, elle consoliderait les conditions d'emploi d'agents qui sont aspirés par le tourbillon des évolutions des polices municipales.

Alors que celles-ci étaient, par principe, des polices de proximité chargées de faire respecter les arrêtés de police du maire, elles ont évolué pour devenir de plus en plus des polices dont la dimension municipale s'estompe.

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