

La veille juridique

N°56, mars 2017

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



Edito

L'actualité du droit est un peu atone. Les parlementaires se sont séparés en attendant une nouvelle législature. Seuls quelques textes d'application de lois sortent encore de ministères dont les cabinets sont « en phase terminale ».

Merci à nos contributeurs d'avoir trouvé matière à susciter l'intérêt du lecteur. La loi du 28 février 2017, la dernière loi de sécurité, s'ajoute à un millefeuille dont l'épaisseur va s'accroître dans les mois à venir. Quelle que soit l'issue des scrutins, de nouvelles dispositions seront prises par la majorité parlementaire, ne serait-ce que pour appliquer le programme du nouveau président.

Mais il faudra aussi revisiter au plus vite la loi du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. En effet, si le règlement européen sur les données personnelles (RGDP du Parlement et du Conseil du 27 avril 2016) est d'application immédiate, le 27 mai 2018, dans

(Suite page 2)

EDITORIAL

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

tous les États de l'Union, une loi est nécessaire pour adapter chaque législation nationale dans le respect des interprétations du G29. Un intéressant débat en perspective dès le début de l'été.

Dans le cadre des activités du CREOGN, je suis intervenu sur le droit pénal des transports (loi du 22 mars 2016), lors du colloque de l'Association Française du Droit de la Sécurité et de La Défense (AFDSD), organisé le 30 mars 2017 à Paris V. Xavier Latour est un des fondateurs de cette association qui rassemble nombre d'universités et centres de recherche qui dispensent des enseignements sur la défense et la sécurité. Notre Centre est étroitement associé à ses travaux, notamment à la publication annuelle de l'annuaire de la sécurité et de la défense (éd. Mare et Martin). Avec François Dieu et Xavier Latour, nous allons organiser, en octobre prochain, un colloque déconcentré à l'université de Besançon. Le développement des relations avec l'université est au cœur de notre stratégie. C'est aussi notre volonté de tisser des liens avec les écoles d'ingénieurs, tant les sciences ont désormais un impact croissant dans notre pratique professionnelle. J'ai été invité à prononcer la conférence inaugurale d'une nouvelle école d'ingénieurs cyber (IN'Tech), créée à Dax. Une synergie à développer si l'on veut renforcer la composante scientifique de notre recrutement.

Que la « Trêve pascale » ne vous empêche pas de lire notre veille juridique !



ZONE INTERDITE GENDARMERIE NATIONALE



Sommaire

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

Déontologie et sécurité

Par M. Frédéric DEBOVE

L'Europe des droits de l'Homme à l'heure des bilans

Comme chaque année, à la même période, le président de la Cour européenne des droits de l'Homme, Guido Raimondi, a rendu public (le 26 janvier 2017) le rapport annuel de la juridiction commune aux 47 États membres du Conseil de l'Europe. Une juridiction, très sollicitée, dont l'inlassable activité juridictionnelle au service des droits de l'Homme sur le vieux continent vient d'ailleurs d'être récompensée par la médaille du prix Nimègue (novembre 2016, Pays-Bas).

Dans un contexte de crises et d'événements majeurs dans de nombreux États européens (crise migratoire, état d'urgence lié à la menace terroriste, tentative de coup d'État en Turquie, Brexit au Royaume-Uni, tensions croissantes dans la partie orientale de l'Ukraine, etc.) et malgré la logique de subsidiarité sur laquelle repose son mode de saisine, l'activité de la Cour s'inscrit encore en forte progression au cours de l'année 2016 :

- avec 993 arrêts rendus (contre 823 l'année précédente), dont 27 en formation de Grande Chambre, 656 en formation de chambre et 310 en formation de comité de trois juges ;
- avec plus de 35 000 requêtes par ailleurs déclarées irrecevables ou rayées du rôle (dont 30 100 radiations en formation de juge unique) ;
- avec plus de 38 500 affaires traitées et un nombre de requêtes pendantes en hausse de 23 % par rapport à l'année précédente (79 750 requêtes pendantes en fin d'année 2016 contre 64 850 en 2015).

Même si le nombre d'affaires actuellement pendantes reste très en retrait du pic enregistré en 2011 (avec près de 160 000 affaires pendantes), la situation est préoccupante. À y regarder de près, trois États - à savoir la Hongrie (+ 95 % de requêtes), la Roumanie (+ 108 % de

Déontologie et sécurité

requêtes) et la Turquie - sont principalement à l'origine de l'augmentation du contentieux après deux années continues de baisse. Pour les deux premiers États, ce sont les conditions de détention - structurellement dégradées - qui alimentent de façon répétitive le flot des requêtes jugées prioritaires (car en lien avec l'article 3 et l'interdiction de la torture, des traitements inhumains et dégradants) alors que les requêtes pendantes en provenance de Turquie sont liées aux suites du coup d'État avorté de l'été 2016 (+ 276 % de requêtes pendantes dont plus de 5000 requêtes en lien avec ce tragique événement).

L'Europe des droits de l'Homme à l'épreuve de la lutte anti-terrorisme

Au cours de l'année 2016, la formation la plus solennelle de la Cour de Strasbourg, en l'occurrence la Grande Chambre, a statué à 27 reprises au total. Parmi les arrêts rendus, dont la portée est toujours très enrichissante au titre des obligations positives auxquelles sont tenus les États membres, quelques-uns se rapportent à la matière pénale et aux pratiques policières dans leurs relations avec des droits cardinaux : la lutte contre le terrorisme est ainsi au cœur de l'affaire *Armani Da Silva* en ce qui concerne l'usage de la force létale (au regard des exigences procédurales découlant de l'article 2 CEDH), d'une part, mais également de l'affaire *Ibrahim et autres* s'agissant de l'accès à un avocat pendant un interrogatoire de police, d'autre part.

La première affaire (*Armani Da Silva c/ Royaume-Uni*, 30 mars 2016) fait suite à la série d'attentats à la bombe perpétrés dans le réseau des transports publics de Londres pendant l'été 2005 (52 morts) et au décès d'un individu que des policiers d'élite avaient considéré à tort comme un suspect. Dans cette affaire, si la préfecture de police du Grand Londres fut reconnue responsable, aucun policier ne fut poursuivi ni sanctionné à titre individuel. C'est précisément cette absence de culpabilité personnelle qui motivait la requête. L'arrêt rendu par la Grande Chambre dans cette affaire est instructif à un double titre. En premier lieu, la Cour y précise ce qu'elle entend par « une conviction honnête qui se révèle ensuite rétrospectivement erronée ». L'appréciation jurisprudentielle

Déontologie et sécurité

s'effectue ici très clairement *in concreto*. Pour déterminer la nécessité tant du recours à la force que du degré de force employé, il appartient donc au juge de se mettre à la place de l'agent en cause en appréciant le caractère subjectivement (et non objectivement) raisonnable et sincère de sa conviction au moment de l'usage de l'arme. En second lieu, et là réside sans doute l'aspect le plus novateur de l'arrêt, la Cour écarte le grief fondé sur la violation de l'article 2 CEDH dans son volet procédural, au motif que le parquet avait pu légitimement estimer qu'il n'existait pas d'éléments suffisants permettant d'envisager de façon réaliste une perspective de condamnation pénale à l'encontre des policiers pris individuellement. Loin de se fonder sur une règle arithmétique et rigide (celle des « 51% »), le raisonnement de la Cour de Strasbourg consiste simplement à s'interroger sur les probabilités de culpabilité en considération des circonstances précises de l'espèce. Dès lors que l'enquête de police se rapportant au décès du suspect a été réalisée de manière approfondie, effective et impartiale, les autorités nationales disposent ainsi d'une marge d'appréciation pour poursuivre ou ne pas poursuivre en considération des éléments figurant au dossier.

La seconde affaire (*Ibrahim et autres c/ Royaume-Uni*, 13 septembre 2016) est également en lien avec la série d'attentats-suicides de Londres en 2005. À la suite de ces attentats meurtriers, plusieurs suspects avaient été interpellés. Interrogés par les enquêteurs sans avoir pu bénéficier immédiatement de l'assistance d'un avocat, les suspects dénonçaient le caractère inéquitable de la procédure suivie à leur encontre. Dans le prolongement de la jurisprudence initiée avec l'affaire *Salduz contre Turquie* (27 novembre 2008), la Cour de Strasbourg, dans sa formation de Grande Chambre, explicite le concept de « *raisons impérieuses de restreindre le droit d'accès à un avocat* » tout en scrutant attentivement les répercussions de cette restriction sur l'équité globale du procès pénal. Pour la Cour, les restrictions au droit à l'assistance d'un conseil ne sont permises que dans des cas exceptionnels ; elles doivent être de surcroît de nature temporaire et reposer sur une appréciation individuelle des circonstances particulières de l'espèce. En l'absence de telles raisons impérieuses, une présomption d'inéquité entache le procès pénal et c'est au gouvernement défendeur de renverser cette présomption en fournissant des explications suffisamment convaincantes sur l'absence d'atteinte irrémédiable à l'équité

Déontologie et sécurité

globale du procès.

L'Europe des droits de l'Homme à l'épreuve du racisme et de la haine ethnique

La démarche jurisprudentielle se rapportant à l'effectivité d'une enquête pénale à la suite de l'usage légal de la force par la police s'applique *mutatis mutandis* à d'autres formes de faits délictueux, comme une agression physique à caractère raciste. L'arrêt *Sakir contre Grèce* en date du 24 mars 2016 est particulièrement emblématique de l'intensité du contrôle juridictionnel européen sur les actes d'enquête réalisés par les autorités nationales. En l'occurrence, après avoir fui son pays d'origine par crainte de subir des représailles en lien avec ses convictions politiques, un ressortissant afghan - en situation irrégulière sur le territoire grec - avait été violemment agressé par une bande d'individus armés dans le centre-ville d'Athènes. Devant la Cour de Strasbourg, la victime reprochait aux enquêteurs d'avoir traité son agression comme un cas isolé alors même qu'elle s'inscrivait dans un contexte récurrent d'assauts contre des étrangers, perpétrés par des groupuscules d'extrémistes. Sur la foi de nombreux rapports émanant notamment d'organisations non gouvernementales internationales, les juges européens vont en l'occurrence conclure à une violation de l'obligation procédurale découlant de l'article 3 CEDH. Pour la Cour, « lorsque l'on soupçonne que des attitudes racistes sont à l'origine d'un acte de violence, il importe particulièrement que l'enquête officielle soit menée avec diligence et impartialité, eu égard à la nécessité de réaffirmer en permanence la condamnation par la société du racisme et de la haine ethnique et pour éviter toute apparence de complicité ou de tolérance des autorités relativement à des actes illégaux ».

L'Europe des droits de l'Homme à l'épreuve des vitres blindées et des box exigus

Par-delà certaines précisions appelées à étoffer la jurisprudence exis-

Déontologie et sécurité

tante, quelques arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme ont été appelés à trancher des questions pour l'heure inédites mais dont la résonance n'est pas neutre dans le débat public en France, que l'on songe par exemple à la compatibilité d'une assignation à résidence avec l'exercice du droit de manifester collectivement sa religion (*Süveges*), à la déchéance de la nationalité préalablement acquise par un requérant (*Ramadan*) ou bien encore au placement de l'accusé dans un box vitré tout au long de l'audience de son procès (*Yaroslav Belousov*). En termes de déontologie de la sécurité, cette dernière affaire mérite une attention toute particulière.

En date du 4 octobre 2016, l'affaire *Yaroslav Belousov contre Russie* a trait à l'enfermement d'un accusé dans un box vitré très exigü le temps des audiences publiques de son procès. De tels dispositifs sécuritaires sont-ils compatibles avec le droit à la dignité des justiciables (art. 3 CEDH) ? En ce qu'ils sont par ailleurs susceptibles d'altérer les échanges entre les accusés et leurs conseils, ces aménagements de prétoire sont-ils conciliables avec le droit à un procès équitable (art. 6 CEDH) ? En réponse à ces deux interrogations, les juges strasbourgeois adoptent une position parfaitement équilibrée et pragmatique. Autant l'enfermement d'accusés dans des cages de métal pendant leur procès a pu être légitimement considéré comme contraire aux exigences de l'article 3 CEDH, compte tenu du caractère objectivement dégradant du dispositif (CEDH, *Svinarenko et Slyadnev c/ Russie*, 17 juillet 2014), autant l'utilisation de vitres blindées ne caractérise pas - par nature - un traitement inhumain ou dégradant. Tout dépend donc des circonstances particulières de l'espèce. Est ainsi constitutif d'un traitement dégradant le fait pour dix prévenus d'être placés pendant des heures, trois jours pas semaine et pendant deux mois d'audience dans un box vitré de 5,40 m², exposés à tout moment aux regards du public. En revanche, si les box vitrés offrent plus d'espace aux prévenus sur des durées d'audience elles-mêmes plus restreintes, le dispositif sécuritaire peut parfaitement ne pas atteindre le niveau minimal de gravité qui le rendrait incompatible avec les exigences de l'article 3 CEDH. Cette jurisprudence n'est évidemment pas sans lien avec celle se rapportant à l'espace minimal dont un condamné (ou un prévenu) doit disposer en détention (V. infra).

En même temps qu'il est susceptible de caractériser un traitement dé-

Déontologie et sécurité

gradant, le placement d'un prévenu ou d'un accusé dans un box vitré et exigü peut de surcroît soulever de délicates interrogations au regard du droit au procès équitable (art. 6 CEDH). En ce domaine, la position de la Cour se dédouble. Dès lors que les conditions d'aménagement du prétoire sont jugées contraires à l'article 3 CEDH, le traitement dégradant ainsi subi rejaillit automatiquement sur le droit au procès équitable, dont il caractérise une violation. Dans l'hypothèse où le confinement du prévenu ou de l'accusé dans un box vitré n'est pas en soi jugé contraire à l'article 3 CEDH, la procédure judiciaire peut encore être qualifiée d'inéquitable en certaines circonstances particulières. Pour la Cour de Strasbourg, le droit au procès équitable commande en effet que le prévenu ou l'accusé puisse communiquer avec son conseil sans risque d'être entendu par des tiers (en ce sens déjà, CEDH, *Sakhnovski c/ Russie*, 2 novembre 2010). Un box vitré constituant une barrière physique entre le prévenu et le reste du prétoire, des échanges avec l'avocat par le seul moyen d'un microphone et à proximité immédiate des membres de l'escorte, l'impossibilité pour le prévenu de manipuler des documents ou de prendre des notes, toutes ces circonstances sont de nature à rendre la procédure inéquitable, singulièrement lorsque ces aménagements constituent des mesures de routine sans lien évident et démontré avec des impératifs de sécurité ou de maintien de l'ordre au sein du prétoire.

L'Europe des droits de l'Homme à l'épreuve de la détention

Précisément, plusieurs affaires jugées au cours de l'année écoulée, et singulièrement les affaires *Mursic et Blokhin*, sont riches d'enseignements, s'agissant de la compatibilité des règles de détention (y compris provisoire ou à vie) avec certains articles phares de la Convention (singulièrement les articles 3 et 5 CEDH).

Dans son arrêt *Mursic contre Croatie* en date du 20 octobre 2016, la Cour de Strasbourg, dans sa formation de Grande Chambre, a ainsi conclu à une violation de l'article 3 CEDH en considération des conditions de détention du requérant jugées insuffisamment spacieuses (espace personnel inférieur à 3m² au cours de plusieurs brèves pé-

Déontologie et sécurité

riodes de détention non consécutives). Pour les juges européens, le seuil minimal d'espace personnel compatible avec les exigences de l'article 3 CEDH est ainsi fixé à 3 m², étant observé que cette surface - identique pour les détenus et les condamnés - inclut l'espace occupé par les meubles tout en excluant celle des sanitaires. Tout espace personnel inférieur à 3 m² caractérise une forte présomption de traitement dégradant que l'État défendeur peut toutefois renverser en démontrant l'existence de facteurs propres à compenser de manière adéquate cette insuffisance d'espace personnel. Ainsi, une liberté de circulation hors de la cellule, des activités hors cellule, des conditions décentes ou bien encore la brièveté de la détention litigieuse comme son caractère occasionnel sont de nature à réfuter la présomption de violation de l'article 3 CEDH.

En date du 23 mars 2016, l'affaire *Blokhin contre Russie* a trait, quant à elle, au placement d'un mineur âgé de 12 ans, handicapé mental, dans un centre de détention de type « rééducation comportementale », alors même que l'intéressé n'avait pas atteint l'âge légal permettant d'engager sa responsabilité pénale pour les faits délictueux qui lui étaient reprochés. Dans cette affaire, les juges européens vont conclure à une violation de l'article 3 CEDH combinée avec une méconnaissance du droit au procès équitable (art. 6 CEDH). Le constat de violation de l'article 3 CEDH se fonde sur l'absence de soins médicaux pendant les trente jours de détention du mineur alors même que son état de santé nécessitait une prise en charge médicale. Quant à la procédure inéquitable, elle s'appuie d'abord sur une requalification pénale du placement en centre de détention dans la mesure où cette mesure ne poursuivait en pratique aucune finalité éducative (pour un autre exemple du contrôle des juges européens sur la finalité effective du placement d'un mineur dans un centre éducatif fermé, CEDH, *D.L. c/Bulgarie*, 19 mai 2016). Elle se fonde ensuite sur une violation des droits de la défense du mineur en considération notamment de son interrogatoire par la police hors la présence d'un avocat.

L'Europe des droits de l'Homme à l'épreuve de la présomption d'innocence

Déontologie et sécurité

Dans un domaine marqué du sceau de la délicate conciliation des droits en présence, plusieurs affaires jugées en 2016 ont clarifié la question - régulièrement contestée - de la publication d'informations susceptibles de heurter le droit à la présomption d'innocence garanti par l'article 6§2 de la Convention. En date du 18 février 2016, l'arrêt *Rywin contre Pologne* se rapporte ainsi pour la première fois aux répercussions d'une enquête parlementaire menée parallèlement à un procès pénal portant sur des faits identiques. Au cœur d'un scandale de corruption impliquant des hommes politiques et des hauts responsables de l'Etat polonais à l'occasion d'une réforme de l'audiovisuel, le requérant - célèbre producteur de cinéma - se plaignait d'une violation de son droit à la présomption d'innocence en considération de ce que les conclusions du rapport de la commission parlementaire chargée de se prononcer sur ces allégations avaient été publiées, alors même que sa condamnation pénale pour trafic d'influence n'avait pas encore acquis l'autorité de la chose jugée. Le premier enseignement de l'arrêt *Rywin contre Pologne* est celui de la compatibilité de principe entre une enquête pénale et une enquête parlementaire concomitante. Au soutien de sa décision, la Cour reconnaît bien volontiers que des considérations d'intérêt public majeur peuvent conduire le Parlement - en l'occurrence la Diète - à créer une commission d'enquête, dont le rôle est d'ailleurs distinct de celui de la justice répressive, en ce que la commission parlementaire n'est pas chargée de se prononcer sur la responsabilité pénale des personnes susceptibles d'être impliquées dans le scandale. Pour des raisons évidentes de transparence, la Cour reconnaît également la possibilité de rendre publics les travaux de la commission parlementaire ainsi que ses conclusions. Toutefois, dans le prolongement de sa jurisprudence relative aux communiqués de responsables publics (CEDH, *Daktaras c/ Lituanie*, 10 octobre 2000 ; CEDH, *Gutsanovi c/ Bulgarie*, 15 octobre 2013), la Cour s'attache à veiller à ce que les conclusions de l'enquête parlementaire respectent la garantie que renferme l'article 6§2 de la Convention en ne formulant aucune déclaration prématurée et litigieuse de culpabilité.



Droit de l'espace numérique

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

Loi pour une République numérique

La loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique a renvoyé à des décrets d'application certaines de ses dispositions. Trois décrets viennent d'entrer en vigueur. Le plus récent, du 28 mars, est relatif à la confidentialité des correspondances électroniques privées. Les deux autres, en date du 14 mars, portent, le premier, sur le service de mise à disposition des données de référence, le second sur les droits des personnes faisant l'objet de décisions individuelles prises sur le fondement d'un traitement algorithmique.

Décret n° 2017- 428 du 28 mars 2017 relatif à la confidentialité des correspondances électroniques privées

L'article L.32-3 du Code des postes et télécommunications électroniques dispose que les opérateurs et les fournisseurs de services de communication au public en ligne et leurs employés doivent respecter le secret des correspondances. Ce secret porte, bien sûr, sur les contenus, les pièces jointes à la correspondance et l'intitulé de celle-ci. Mais il concerne aussi l'identité des personnes qui échangent le message. Cette règle essentielle ne fait toutefois pas obstacle à ce que l'opérateur ou le fournisseur de services réalisent des traitements automatisés d'analyse pour des finalités fixées par la loi (affichage, tri, acheminement, détection de contenus non sollicités ou de programmes informatiques malveillants).

En revanche, le traitement automatisé d'analyse à des fins publicitaires, statistiques ou d'amélioration du service est strictement interdit sans consentement exprès de l'utilisateur. La périodicité du recueil de ce consentement est désormais fixée à un an par le décret susvisé qui a modifié en ce sens l'article D.98-5 du Code des postes et des télécommunications. Pour les traitements antérieurs à la date d'entrée en vigueur de ce décret, le premier consentement est recueilli dans les six mois à compter du 31 mars 2017.

Droit de l'espace numérique

Décret n° 2017- 331 du 14 mars 2017 relatif au service public de mise à disposition des données de référence

S'inscrivant dans une politique délibérée d'open data, l'article 14 de la loi pour une République numérique crée un service public de la donnée qui relève de l'État. Comme en dispose l'article L.321-4 du Code des relations entre le public et l'administration qu'elle crée, l'objectif est de faciliter la réutilisation des « données de référence ». Doivent y contribuer, dans le cadre de leur mission de service public, l'État, les collectivités territoriales ainsi que les personnes de droit public ou de droit privé chargées d'une mission de service public. L'article précité qualifie de « données de référence » les informations publiques à condition :

- qu'elles constituent une référence commune pour nommer ou identifier des produits, des services, des territoires ou des personnes ;
- qu'elles soient fréquemment utilisées par des personnes publiques ou privées autres que l'administration qui les détient ;
- qu'elles aient un haut niveau de qualité pour permettre leur réutilisation.

Le décret insère un article R.321-5 qui dresse la liste de ces données qui peuvent être ainsi mises à la disposition du public. On y retrouve notamment la base SIRENE des entreprises, le cadastre, le référentiel de l'IGN, le répertoire opérationnel des métiers, la base de données de l'organisation administrative de l'État, le code officiel géographique produit par l'INSEE, etc.

Au total, neuf catégories de données sont recensées.

Les données doivent être livrées sous forme électronique dans des conditions respectant la fiabilité, la disponibilité et la sécurité.

La Direction Interministérielle du Numérique et du Système d'Information et de Communication de l'État (DINSIC), qui a repris en 2015 la mission Etalab, est en charge du portail unique de l'État et de ses établissements publics (data.gouv.fr). Elle concourt à la mise en œuvre du

Droit de l'espace numérique

service public de données de référence. C'est elle qui a lancé une consultation publique du 29 septembre au 20 octobre 2017 pour en définir le périmètre.

Comme le souligne son directeur, Henri Verdier, « historiquement, l'open data est né autour des questions de transparence et de redevabilité [...]. Pour ce faire, il faut plus qu'une « libération » de données brutes. Il faut des données de qualité, rafraîchies fréquemment, accessibles à travers des règles réfléchies, accessibles 24/24 avec des niveaux de service garantis. Il faut penser la donnée comme une infrastructure et faire naître des infrastructures de qualité industrielle¹ ».

De la qualité de cette donnée, de sa « véracité » dépend en particulier la pertinence du big data qui requiert, dans de nombreuses applications, le traitement de données publiques.

Décret n° 2017- 330 du 14 mars 2017 relatif aux droits des personnes faisant l'objet de décisions individuelles prises sur le fondement d'un traitement algorithmique

Le droit de l'algorithme est au cœur de la loi pour une République numérique. L'étude d'impact souligne que « *la transformation numérique de l'administration et la profusion des données rendent de plus en plus fréquents les recours aux programmes informatiques qui outillent le travail des agents publics et préparent les décisions des administrations* ».

La loi insère dans le Code des relations entre le public et l'administration l'article L.311-3-1 qui crée une forme de transparence de l'algorithme. Cet article permet aux personnes physiques et morales de connaître le traitement algorithmique ainsi que les caractéristiques principales de sa mise en œuvre (fonctionnement du traitement, règles et bases de calcul utilisées, paramètres mis en œuvre, etc.), utilisé à l'occasion d'une décision qui les concerne, que ce traitement exploite ou non des données à caractère personnel.

1. Blog d'Henri Verdier, « *La donnée au service de la croissance* », 4 décembre 2016.

Droit de l'espace numérique

Art. L.311-3-1 du Code des relations entre le public et l'administration (créé par art.4, loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique)

Sous réserve de l'application du 2° de l'article 311-5², une décision individuelle prise sur le fondement d'un traitement algorithmique comporte une mention explicite en informant l'intéressé. Les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en oeuvre sont communiquées par l'administration à l'intéressé s'il en fait la demande.

Cet article complète l'article 10 de la loi du 6 janvier 1978 ; celui-ci dispose qu'« aucune décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à définir le profil de l'intéressé ou à évaluer certains aspects de sa personnalité ». Le 5° de l'article 39 de cette même loi donne à toute personne physique justifiant de son identité le droit d'interroger le responsable d'un traitement de données à caractère personnel en vue d'obtenir, sous réserve de ne pas porter atteinte au droit d'auteur, les informations permettant de connaître et de contester la logique qui sous-tend le traitement automatisé en cas de décision prise sur le fondement de celui-ci et produisant des effets juridiques à l'égard de l'intéressé. La révélation de la « logique qui sous-tend un traitement automatisé » est moins contraignante que la communication de l'algorithme.

La lecture des travaux parlementaires montre que l'article L.311-3-1 ouvre un nouveau droit pour les personnes morales, qui ne sont pas prévues dans le champ de l'article 39 précité.

L'administration avait déjà anticipé la loi (et un jugement du TA de Paris) en dévoilant le code source de l'IRPP (impôt sur le revenu des personnes physiques).

2. Cet article fixe la liste des documents non communicables, notamment pour la protection du secret.

Droit de l'espace numérique

Jugement n°1508951/5-2 du tribunal administratif de Paris du 16 mars 2016. Le code source d'un logiciel développé par les services de l'État est un document administratif communicable au citoyen.

Le 1^{er} avril 2016, le code source du logiciel de calcul de l'impôt sur le revenu a été ouvert par le ministère des Finances. Cette décision a été prise par Bercy quelques jours avant que le tribunal administratif de Paris ne le lui impose. Elle est conforme à l'esprit et à la lettre du projet de loi pour une République numérique, porté par Axelle Lemaire.

Le plaignant, un étudiant en économie à l'École normale supérieure et à l'École d'Économie de Paris, souhaitait avoir accès à ce code source en considérant qu'il a la qualité d'un document administratif communicable au citoyen qui en fait la demande selon la procédure de la loi du 17 juillet 1978³. Il avait formulé la demande par courriel, le 14 mai 2014. Le 8 janvier 2015, sa demande avait reçu l'avis favorable de la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (CADA). Il a saisi, le 1^{er} juin suivant, le tribunal administratif afin d'annuler la décision implicite de refus opposée par la direction générale des finances publiques. Le ministre des Finances et des comptes publics a fait notamment valoir, en réplique, que cette communication serait contraire au droit de l'Union européenne, notamment à la directive 2003/98/CE modifiée par la directive 2013/37/CE, et que le caractère inachevé de logiciels en perpétuelle évolution empêche leur communication aux administrés, conformément aux dispositions de l'article 2 précité de la loi du 17 juillet 1978.

Le juge administratif écarte le premier moyen en soulignant qu'il « ne résulte pas de ces directives, qui portent sur la réutilisation des données et laissent inchangées les dispositions du droit national relatives à l'accès aux documents administratifs, que les programmes informatiques devraient être systématiquement exclus du

3. Loi n°78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses mesures d'ordre administratif et fiscal.

Droit de l'espace numérique

droit d'accès aux documents administratifs organisé par la loi du 17 juillet 1978 ». Le droit européen ne fait donc pas obstacle à l'ouverture des codes sources.

Sur le second moyen, le juge considère que les programmes informatiques ne figurent pas dans les exceptions fixées par la loi (secret défense, fichiers préparatoires non achevés, etc.) : « *en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires interdisant l'accès aux codes sources des programmes informatiques, le ministre des Finances et des comptes publics ne pouvait légalement refuser de communiquer le document demandé* ». Soumis à des mises à jour régulières, ils ont un caractère évolutif qui ne saurait les exclure, au risque de priver le citoyen de son droit à la communication des documents administratifs. Chaque dernière version du code source d'un même programme informatique doit être regardée comme un document administratif achevé et peut être communiquée dans cet état.

Ce jugement intervient au moment où la loi pour une République numérique est en cours d'examen par le Parlement. L'article 2 du projet de loi renforce la transparence de l'action publique, en permettant aux personnes physiques et morales de connaître le traitement algorithmique, ainsi que les caractéristiques principales de sa mise en œuvre, qui est utilisé à l'occasion d'une décision qui les concerne, que ce traitement mette en œuvre ou non des données à caractère personnel. Cet article complétera utilement l'article 10 de la loi du 6 janvier 1978 qui dispose qu'« *aucune décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à définir le profil de l'intéressé ou à évaluer certains aspects de sa personnalité* » et le 5° de l'article 39 de cette même loi qui donne à toute personne physique justifiant de son identité le droit d'interroger le responsable d'un traitement de données à caractère personnel en vue d'obtenir, sous réserve de ne pas porter atteinte au droit d'auteur, les informations permettant de connaître et de contester la logique qui sous-tend le traitement automatisé en cas de décision prise sur le fondement de celui-ci et produisant des

Droit de l'espace numérique

effets juridiques à l'égard de l'intéressé. Comme on peut le constater, le droit positif ne concerne pas les personnes morales.

Le décret n° 2017-330 du 14 mars 2017 vient en application de la loi pour une République numérique. Il précise l'article L.311-3-1 qui, on l'a dit, dispose que toute décision individuelle prise sur le fondement d'un traitement algorithmique doit être assortie d'une information explicite de l'intéressé. L'administration est tenue de lui communiquer, sur sa demande, les règles du traitement et les principales caractéristiques de sa mise en œuvre (article R. 311-3-1-1 dudit code, créé par le décret). Doivent également être mentionnées les modalités d'exercice de ce droit à communication ainsi que la saisine possible de la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (CADA).

L'art. R. 311-3-1-2, quant à lui, oblige l'administration, dans le respect du secret éventuellement imposé par la loi, de fournir à la personne concernée :

- 1° Le degré et le mode de contribution du traitement algorithmique à la prise de décision ;
- 2° Les données traitées et leurs sources ;
- 3° Les paramètres de traitement et, le cas échéant, leur pondération, appliqués à la situation de l'intéressé ;
- 4° Les opérations effectuées par le traitement.

Code is law

La publication du décret sur les droits des personnes faisant l'objet de décisions individuelles prises sur le fondement d'un traitement algorithmique nous offre l'occasion d'une modeste réflexion sur le code et de reproduire pour nos lecteurs l'excellent texte de référence de Lawrence Essig, « Le code fait loi »⁴.

4. <http://code-is-law.org>

Droit de l'espace numérique

« Nul n'est censé ignorer la loi, mais nous sommes des insensés qui ignorent le code ».

Adage détourné par l'auteur

La transformation numérique repose notamment sur le « code », l'algorithme, suite d'instructions dont l'ensemble constitue un programme informatique. Le code « dévore le monde », selon Marc Andreessen. Clarisse Herrenschmidt le considère comme la troisième révolution de l'écriture, après la langue et le nombre⁵. Pierre Bellanger le hisse au rang de « Constitution⁶ ».

Le code est un transformateur partant d'une « matière première », la donnée, pour aboutir à un résultat qui peut constater une situation ou être à l'origine d'une décision, notamment à caractère individuel. La philosophe du droit, Antoinette Rouvroy, est à l'origine du concept de « gouvernamentalité algorithmique »⁷.

L'algorithme est défini par le dictionnaire Larousse comme « un ensemble de règles opératoires, dont l'application permet de résoudre un problème énoncé au moyen d'un nombre fini d'opérations qui sont traduites, grâce à un langage de programmation, en un programme exécutable par un ordinateur ». Les algorithmes ne sont pas tous de même nature : certains font de la reconnaissance de modèles, d'autres des appariements, d'autres, enfin, du classement, de la hiérarchisation, de la recommandation.

Selon Daniel Le Métayer, directeur de recherche à l'INRIA (Institut National de Recherche dédié au numérique), ils « *ne sont pas neutres, ils incorporent des critères explicites et surtout des critères qui ne le sont pas. Quand on classe ou qu'on catégorise, il y a des critères cachés, qui ne*

5. Clarisse Herrenschmidt, Les trois écritures - Langue, nombre, code, Gallimard, 2007.

6. Lors du colloque sur la Souveraineté numérique (7 octobre 2016, Nice Sophia-Antipolis), l'intervention du professeur Dominique Rousseau (Paris I Panthéon Sorbonne), président de l'Association française de droit constitutionnel, a bien mis en évidence l'impact du code sur la Constitution.

7. Antoinette Rouvroy et Thomas Berns, Gouvernamentalité algorithmique et perspectives d'émancipation, in « *La politique des algorithmes* », Réseaux, n°177, 2013.

Droit de l'espace numérique

sont ni neutres, ni corrects ». Nul n'est censé ignorer la loi, selon l'adage, mais tout le monde ignore l'algorithme ! Faute de pouvoir bien connaître le code, il est intéressant de comparer le résultat aux données injectées. Mais cette rétro-ingénierie se heurte souvent à la complexité de l'algorithme et, surtout, à sa capacité à évoluer grâce à l'auto-apprentissage, c'est-à-dire à son aptitude à se modifier lui-même. L'algorithme crée la norme et s'impose de manière insidieuse, car nul (sauf le concepteur) ne connaît véritablement le mécanisme complexe de transformation entre la donnée et son résultat. D'où la nécessité de responsabiliser son concepteur (*accountability by design*). Le Conseil d'État, dans son rapport « Le numérique et les droits fondamentaux », rappelle la nécessité de garantir l'effectivité de l'intervention humaine et de contrôler les algorithmes selon des règles de droit pouvant relever du droit souple et interdisant les discriminations illicites, les pratiques commerciales illicites, etc.⁸

Dans le « monde réel », la loi est le fruit d'un processus transparent reposant sur le caractère public de son élaboration et sa publication. La régulation relève d'autorités identifiées, centralisées ou décentralisées (le gouvernement, les organes déconcentrés, les collectivités territoriales, les autorités administratives indépendantes, les organismes professionnels, le marché, etc.). La régulation privée est aussi transparente, car elle s'appuie sur des textes qui font l'objet d'une publicité (règlement de service intérieur, règlement de copropriété, etc.)

Dans l'espace numérique, la décentralisation - pour ne pas dire la dispersion - de la régulation est une des conséquences d'une construction distribuée du réseau. Si la loi est « pour tous », l'algorithme est souvent « pour chacun », en adaptant les choix aux profils des internautes. Si le « code fait loi », il peut aussi être « la loi du plus fort » et porter ainsi atteinte à nos libertés. Il porte en germe une uniformisation de la société par le rejet de tout ce qui n'est pas dans la norme. Imaginons simplement le traitement par Big data des comportements atypiques, exclus parce qu'ils sortent des critères. On peut craindre aussi la « dictature » des algorithmes prédictifs.

Le code régule. Les codeurs - la plupart au service des Gafa - choisissent

8. Le numérique et les droits fondamentaux, étude annuelle 2014 du Conseil d'État, propositions n°23 à n°27, La Documentation Française.

Droit de l'espace numérique

sent pour nous, à la place de l'État, du législateur, sous les « applaudissements de ceux qui se croient enfin libres ! », comme le remarque le professeur Dominique Rousseau⁹ qui évoque la « Chèvre de monsieur Seguin » : elle est heureuse mais rêve de s'émanciper de son maître. Elle le quitte et vit des premiers instants de bonheur jusqu'à ce que le loup la dévore. Sommes-nous des chèvres désireuses de nous émanciper de l'État, à rechercher le bonheur dans l'espace numérique pour être finalement dévorés par le code après des moments d'euphorie sur la Toile ?

Code is law mais il est aussi outlaw, pourrait-on dire également en considération des vers, virus (*malware*) conçus pour commettre une infraction, notamment à l'encontre des systèmes de traitement automatisé de données.

La CNIL vient de lancer un cycle de débats publics sur l'éthique de l'algorithme. Le CREOGN y participera en organisant, dans ce cadre, un Atelier (ARG) en décembre 2017. C'est également le thème choisi pour l'Agor@ du FIC 2018, qui se tiendra à Lille les 23 et 24 janvier 2018.

9. Colloque sur la Souveraineté numérique (7 octobre 2016, Nice Sophia-Antipolis), intervention du professeur Dominique Rousseau (Paris I Panthéon Sorbonne), président de l'Association française de droit constitutionnel.

Droit de l'espace numérique

Le code fait loi

De la liberté dans le cyberspace

Lawrence Lessig, professeur de droit des affaires au Centre Berkman de la Harvard Law School, – Harvard Magazine, janvier 2000.

« À chaque époque son institution de contrôle, sa menace pour les libertés. Nos Pères Fondateurs craignaient la puissance émergente du gouvernement fédéral ; la Constitution américaine fut écrite pour répondre à cette crainte. John Stuart Mill s'inquiétait du contrôle par les normes sociales dans l'Angleterre du 19e siècle ; il écrivit son livre De la Liberté en réaction à ce contrôle. Au 20e siècle, de nombreux progressistes se sont émus des injustices du marché. En réponse furent élaborés réformes du marché et filets de sécurité.

Nous sommes à l'âge du cyberspace. Il possède lui aussi son propre régulateur qui, lui aussi, menace les libertés. Mais, qu'il s'agisse d'une autorisation qu'il nous concède ou d'une conquête qu'on lui arrache, nous sommes tellement obnubilés par l'idée que la liberté est intimement liée à celle de gouvernement que nous ne voyons pas la régulation qui s'opère dans ce nouvel espace, ni la menace qu'elle fait peser sur les libertés.

Ce régulateur, c'est le code : le logiciel et le matériel qui font du cyberspace ce qu'il est. Ce code, ou cette architecture, définit la manière dont nous vivons le cyberspace. Il détermine s'il est facile ou non de protéger sa vie privée, ou de censurer la parole. Il détermine si l'accès à l'information est global ou sectorisé. Il a un impact sur qui peut voir quoi, ou sur ce qui est surveillé. Lorsqu'on commence à comprendre la nature de ce code, on se rend compte que, d'une myriade de manières, le code du cyberspace régule.

Cette régulation est en train de changer. Le code du cyberspace aussi. Et à mesure que ce code change, il en va de même pour la

Droit de l'espace numérique

nature du cyberspace. Le cyberspace est un lieu qui protège l'anonymat, la liberté d'expression et l'autonomie des individus, il est en train de devenir un lieu qui rend l'anonymat plus difficile, l'expression moins libre et fait de l'autonomie individuelle l'apanage des seuls experts.

Mon objectif, dans ce court article, est de faire comprendre cette régulation, et de montrer en quoi elle est en train de changer. Car si nous ne comprenons pas en quoi le cyberspace peut intégrer, ou supplanter, certaines valeurs de nos traditions constitutionnelles, nous perdrons le contrôle de ces valeurs. La loi du cyberspace – le code – les supplantera.

Ce que contrôle le code

Le code élémentaire d'Internet est constitué d'un ensemble de protocoles appelé TCP/IP. Ces protocoles permettent l'échange de données entre réseaux interconnectés. Ces échanges se produisent sans que les réseaux aient connaissance du contenu des données, et sans qu'ils sachent qui est réellement l'expéditeur de tel ou tel bloc de données. Ce code est donc neutre à l'égard des données, et ignore tout de l'utilisateur.

Ces spécificités du TCP/IP ont des conséquences sur la régularité des activités sur Internet. Elles rendent la régulation des comportements difficile. Dans la mesure où il est difficile d'identifier les internautes, il devient très difficile d'associer un comportement à un individu particulier. Et dans la mesure où il est difficile d'identifier le type de données qui sont envoyées, il devient très difficile de réguler l'échange d'un certain type de données. Ces spécificités de l'architecture d'Internet signifient que les gouvernements sont relativement restreints dans leur capacité à réguler les activités sur le Net.

Dans certains contextes, et pour certaines personnes, cette irrégularité est un bienfait. C'est cette caractéristique du Net, par

Droit de l'espace numérique

exemple, qui protège la liberté d'expression. Elle code l'équivalent d'un Premier amendement dans l'architecture même du cyberspace, car elle complique, pour un gouvernement ou une institution puissante, la possibilité de surveiller qui dit quoi et quand. Des informations en provenance de Bosnie ou du Timor Oriental peuvent circuler librement d'un bout à l'autre de la planète car le Net empêche les gouvernements de ces pays de contrôler la manière dont circule l'information. Le Net les empêche du fait de son architecture même.

Mais dans d'autres contextes, et du point de vue d'autres personnes, ce caractère incontrôlable n'est pas une qualité. Prenez par exemple le gouvernement allemand, confronté aux discours nazis, ou le gouvernement américain, face à la pédo-pornographie. Dans ces situations, l'architecture empêche également tout contrôle, mais ici cette irrégularité est considérée comme une tare.

Et il ne s'agit pas seulement des discours nazis et de pornographie enfantine. Les principaux besoins de régulation concerneront le commerce en ligne : quand l'architecture ne permet pas de transactions sécurisées, quand elle permet de masquer facilement la source d'interférences, quand elle facilite la distribution de copies illégales de logiciels ou de musique. Dans ces contextes, le caractère incontrôlable du Net n'est pas considéré comme une qualité par les commerçants, et freinera le développement du commerce.

Que peut-on y faire ?

Nombreux sont ceux qui pensent qu'il n'y a rien à faire : l'irrégularité d'Internet est définitive. Il n'est rien que nous puissions faire pour y remédier. Aussi longtemps qu'il existera, Internet restera un espace incontrôlable. C'est dans sa nature même.

Mais rien n'est plus dangereux pour l'avenir de la liberté dans le cyberspace que de croire la liberté garantie par le code. Car le code

Droit de l'espace numérique

n'est pas figé. L'architecture du cyberspace n'est pas définitive. L'irrégularité est une conséquence du code, mais le code peut changer. D'autres architectures peuvent être superposées aux protocoles de base TCP/IP, et ces nouvelles couches peuvent rendre l'usage du Net fondamentalement contrôlable. Le commerce est en train de construire une architecture de ce type. Le gouvernement peut y aider. Les deux réunis peuvent transformer la nature même du Net. Ils le peuvent, et le font.

D'autres architectures

Ce qui rend le Net incontrôlable, c'est qu'il est difficile d'y savoir qui est qui, et difficile de connaître la nature des informations qui y sont échangées. Ces deux caractéristiques sont en train de changer : premièrement, on voit émerger des architectures destinées à faciliter l'identification de l'utilisateur, ou permettant, plus généralement, de garantir la véracité de certaines informations le concernant (qu'il est majeur, que c'est un homme, qu'il est américain, qu'il est avocat). Deuxièmement, des architectures permettant de qualifier les contenus (pornographie, discours violent, discours raciste, discours politique) ont été conçues, et sont déployées en ce moment-même. Ces deux évolutions sont développées sans mandat du gouvernement ; et utilisées conjointement elles mèneraient à un degré de contrôle extraordinaire sur toute activité en ligne. Conjointement, elles pourraient renverser l'irrégularité du Net.

Tout dépendrait de la manière dont elles seraient conçues. Les architectures ne sont pas binaires. Il ne s'agit pas juste de choisir entre développer une architecture permettant l'identification ou l'évaluation, ou non. Ce que permet une architecture, et la manière dont elle limite les contrôles, sont des choix. Et en fonction de ces choix, c'est bien plus que la régularité qui est en jeu.

Prenons tout d'abord les architectures d'identification, ou de certification. Il existe de nombreuses architectures de certification dans le

Droit de l'espace numérique

monde réel. Le permis de conduire, par exemple. Lorsque la police vous arrête et vous demande vos papiers, ils demandent un certificat montrant que vous êtes autorisé à conduire. Ce certificat contient votre nom, votre sexe, votre âge, votre domicile. Toutes ces informations sont nécessaires car il n'existe aucun autre moyen simple pour établir un lien entre le permis et la personne. Vous devez divulguer ces éléments vous concernant afin de certifier que vous êtes le titulaire légitime du permis.

Mais dans le cyberspace, la certification pourrait être ajustée beaucoup plus finement. Si un site est réservé aux adultes, il serait possible – en utilisant des technologies de certification – de certifier que vous êtes un adulte, sans avoir à révéler qui vous êtes ou d'où vous venez. La technologie pourrait permettre de certifier certains faits vous concernant, tout en gardant d'autres faits confidentiels. La technologie dans le cyberspace pourrait fonctionner selon une logique de « moindre révélation », ce qui n'est pas possible dans la réalité.

Là encore, tout dépendrait de la manière dont elle a été conçue. Mais il n'est pas dit que les choses iront dans ce sens. Il existe d'autres architectures en développement, de type « une seule carte pour tout ». Dans ces architectures, il n'est plus possible de limiter simplement ce qui est révélé par un certificat. Si sur un certificat figure votre nom, votre adresse, votre âge, votre nationalité, ainsi que le fait que vous êtes avocat, et si devez prouver que vous êtes avocat, cette architecture certifierait non seulement votre profession, mais également tous les autres éléments vous concernant qui sont contenus dans le certificat. Dans la logique de cette architecture, plus il y a d'informations, mieux c'est. Rien ne permet aux individus de faire le choix du moins.

La différence entre ces deux conceptions est que l'une garantit la vie privée, alors que l'autre non. La première inscrit le respect de la vie privée au cœur de l'architecture d'identification, en laissant un choix clair à l'utilisateur sur ce qu'il veut révéler ; la seconde néglige cette

Droit de l'espace numérique

valeur.

Ainsi, le fait que l'architecture de certification qui se construit respecte ou non la vie privée dépend des choix de ceux qui codent. Leurs choix dépendent des incitations qu'ils reçoivent. S'il n'existe aucune incitation à protéger la vie privée – si la demande n'existe pas sur le marché, et que la loi est muette – alors le code ne le fera pas.

L'identification n'est qu'un exemple parmi d'autres. Prenons-en un deuxième, concernant la confidentialité des informations personnelles. RealJukebox est une technologie permettant de copier un CD de musique sur un ordinateur, ou de télécharger de la musique sur le Net pour la stocker sur un disque dur. Il est apparu en octobre que le système était un peu trop curieux : il inspectait discrètement le disque dur de l'utilisateur, puis transférait à l'entreprise le fruit de ses recherches. Tout ceci en secret, bien entendu : RealNetworks n'avait prévenu personne que son produit collectait et transférait des données personnelles. Quand cet espionnage a été découvert, l'entreprise a tout d'abord tenté de justifier cette pratique (en avançant qu'aucune donnée personnelle n'était conservée), mais elle a fini par revenir à la raison, et a promis de ne plus recueillir ces données.

Ce problème est dû, une fois de plus, à l'architecture. Il n'est pas facile de dire qui espionne quoi, dans le cyberspace. Bien que le problème puisse être corrigé au niveau de l'architecture (en faisant appel à la technologie P3P, par exemple), voici un cas pour lequel la loi est préférable. Si les données personnelles étaient reconnues comme propriété de l'individu, alors leur collecte sans consentement exprès s'apparenterait à du vol.

Dans toutes ces circonstances, les architectures viendront garantir nos valeurs traditionnelles – ou pas. À chaque fois, des décisions seront prises afin de parvenir à une architecture d'Internet respectueuse de ces valeurs et conforme à la loi. Les choix concernant le

Droit de l'espace numérique

code et le droit sont des choix de valeurs.

Une question de valeurs

Si c'est le code qui détermine nos valeurs, ne devons-nous pas intervenir dans le choix de ce code ? Devons-nous nous préoccuper de la manière dont les valeurs émergent ici ?

En d'autres temps, cette question aurait semblé incongrue. La démocratie consiste à surveiller et altérer les pouvoirs qui affectent nos valeurs fondamentales, ou comme je le disais au début, les contrôles qui affectent la liberté. En d'autres temps, nous aurions dit « Bien sûr que cela nous concerne. Bien sûr que nous avons un rôle à jouer. »

Mais nous vivons à une époque de scepticisme à l'égard de la démocratie. Notre époque est obsédée par la non-intervention. Laissons Internet se développer comme les codeurs l'entendent, voilà l'opinion générale. Laissons l'État en dehors de ça.

Ce point de vue est compréhensible, vu la nature des interventions étatiques. Vu leurs défauts, il semble préférable d'écarter purement et simplement l'État. Mais c'est une tentation dangereuse, en particulier aujourd'hui.

Ce n'est pas entre régulation et absence de régulation que nous avons à choisir. Le code régule. Il implémente – ou non – un certain nombre de valeurs. Il garantit certaines libertés, ou les empêche. Il protège la vie privée, ou promeut la surveillance. Des gens décident comment le code va se comporter. Des gens l'écrivent. La question n'est donc pas de savoir qui décidera de la manière dont le cyberspace est régulé : ce seront les codeurs. La seule question est de savoir si nous aurons collectivement un rôle dans leur choix – et donc dans la manière dont ces valeurs sont garanties – ou si nous laisserons aux codeurs le soin de choisir nos valeurs à notre place.

Droit de l'espace numérique

Car c'est une évidence : quand l'État se retire, la place ne reste pas vide. Les intérêts privés ont des objectifs qu'ils vont poursuivre. En appuyant sur le bouton anti-Étatique, on ne se téléporte pas au Paradis. Quand les intérêts gouvernementaux sont écartés, d'autres intérêts les remplacent. Les connaissons-nous ? Sommes-nous sûrs qu'ils sont meilleurs ?

Notre première réaction devrait être l'hésitation. Il est opportun de commencer par laisser le marché se développer. Mais, tout comme la Constitution contrôle et limite l'action du Congrès, les valeurs constitutionnelles devraient contrôler et limiter l'action du marché. Nous devrions examiner l'architecture du cyberspace de la même manière que nous examinons le fonctionnement de nos institutions.

Si nous ne le faisons pas, ou si nous n'apprenons pas à le faire, la pertinence de notre tradition constitutionnelle va décliner. Tout comme notre engagement autour de valeurs fondamentales, par le biais d'une constitution promulguée en pleine conscience. Nous resterons aveugles à la menace que notre époque fait peser sur les libertés et les valeurs dont nous avons hérité. La loi du cyberspace dépendra de la manière dont il est codé, mais nous aurons perdu tout rôle dans le choix de cette loi ».

Actualité pénale

Par Mme Claudia GHICA-LEMARCHAND

DROIT PÉNAL

Exception d'illégalité

Crim. 28 mars 2017, n° 16-85072 et n° 16-85073

Si la Cour de cassation avait déjà affirmé la compétence du juge judiciaire pour apprécier la légalité des actes administratifs dans ses arrêts rendus le 13 décembre 2016, elle esquisse son régime juridique, faisant peser sur les juges l'obligation d'exiger les éléments pertinents afin d'exercer son contrôle.

Les deux décisions contiennent des faits similaires. Le préfet a ordonné de procéder sans délai à la perquisition des habitations, parties privatives, locaux et véhicules situés dans un hameau, dans la première espèce, ou des locaux d'une épicerie pour la deuxième espèce, dans lesquels il existait des raisons sérieuses de penser qu'ils étaient fréquentés pas des individus susceptibles « d'y détenir illégalement des armes, d'entretenir des liens et de servir de soutien à des individus radicalisés ». Les perquisitions permettent la saisie d'armes et stupéfiants dans la première affaire et exclusivement de cannabis dans la deuxième affaire. Des poursuites ont été engagées pour les infractions relatives à la détention de ces produits dans les deux affaires. Les personnes poursuivies ont soulevé une exception de nullité du fait de l'illégalité de l'ordre préfectoral de perquisition. Les tribunaux ont fait droit à la demande et annulé l'acte préfectoral ainsi que l'intégralité de la procédure subséquente. Le ministère public a fait appel, mais les juridictions d'appel ont confirmé les décisions des premiers juges. Elles ont constaté que « si l'absence de désignation nominative d'un individu visé par la perquisition et l'absence d'avis au procureur de la République ne sont pas de nature à vicier l'ordre de perquisition, l'arrêté préfectoral (...) est insuffisamment précis pour justifier la contrainte exercée ». La Cour de cassation casse les arrêts confirmatifs d'appel en soulevant d'office le moyen de cassation et en poursuivant son œuvre de construction et de précision des compétences judiciaires et administratives dans le cadre

Actualité pénale

des procédures initiées en vertu des pouvoirs conférés en matière d'état d'urgence.

Dans un premier temps, la Cour de cassation réaffirme la compétence des juridictions judiciaires afin de connaître de la légalité de l'ordre administratif de perquisition adopté en application de l'état d'urgence. À cette fin, les arrêts visent en premier lieu l'article 111-5 du Code pénal relatif à l'exception d'illégalité. « Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis ». Véritable dérogation au principe de la séparation des pouvoirs et, plus particulièrement, à la dualité des deux ordres de juridictions, cet article reconnaît au juge pénal, et à lui seul, le pouvoir d'immixtion dans l'appréciation des actes administratifs. Il concurrence le juge administratif sur son propre terrain, puisqu'il peut connaître de tous les actes administratifs, qu'ils soient à caractère général et absolu, ou adoptés au regard d'une situation individuelle. Il exerce un pouvoir équivalent dans le procès en cours, puisqu'il intervient par voie d'exception dans un contentieux qui est réservé au juge administratif par voie d'action. Néanmoins, deux limites s'imposent au juge pénal : il intervient exclusivement en matière pénale et sa décision a seulement une autorité relative car elle s'impose seulement au procès en cours mais ne produit pas d'effets sur la validité générale de l'acte, même si cette remarque est relativisée dans le cadre des actes individuels. L'article 111-5 est pleinement applicable dans les espèces soumises au juge pénal, car il s'agit de déterminer la validité de la procédure ayant permis la constatation et la preuve des infractions. La Cour de cassation affirme donc « il en va ainsi lorsque, de la régularité de ces actes, dépend celle de la procédure pénale ». La Chambre criminelle transpose ensuite les règles au cas particulier de l'état d'urgence.

Dans un second temps, la Cour de cassation vise l'article 11- I de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence dans sa rédaction résultant de la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions. Selon les termes de cet article, « le décret déclarant ou la loi prorogeant l'état d'urgence peut, par une disposition expresse, conférer au ministre de l'Intérieur, pour l'en-

Actualité pénale

semble du territoire où est institué l'état d'urgence, et au préfet dans le département, le pouvoir d'ordonner des perquisitions en tout lieu, y compris un domicile, de jour et de nuit, sauf dans un lieu affecté à l'exercice d'un mandat parlementaire ou à l'activité professionnelle des avocats, des magistrats ou des journalistes, lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que ce lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ». Ensuite, l'article régit les modalités de mise en application de la perquisition ordonnée qui retrouvent les conditions de droit commun – elle est conduite par l'officier de police judiciaire territorialement compétent et ne peut se dérouler qu'en présence de l'occupant, son représentant ou deux de ses témoins. Le Procureur de la République contrôle l'acte d'investigation – il est informé sans délai de la décision, le compte rendu de la perquisition lui est communiqué sans délai, en cas de constatation d'infraction et de saisis, l'OPJ dresse un procès-verbal qui lui est communiqué immédiatement.

Les juridictions d'appel ont, dans les deux cas, considéré les arrêts préfectoraux entachés de nullité pour défaut de précision. Les juges du fond exigent la présence « d'éléments factuels » pouvant établir des « raisons sérieuses de penser que ce lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics », aux termes de l'article 11 de la loi de 1955 sur l'état d'urgence. Ainsi, ils mettent l'accent sur une condition de fond, au détriment de conditions de forme qui sont écartées – « l'absence de désignation nominative d'un individu visé par la perquisition et l'absence d'avis au procureur de la République ». Les « éléments factuels » exigés par les juges du fond contiennent un double enseignement. D'une part, l'existence d'indices généraux démontrant la propension de certaines personnes ou catégories de personnes à menacer l'ordre public ne suffit pas. Il faut démontrer des éléments concrets et spécifiques à chaque situation prise en compte. D'autre part, les « éléments factuels » conduisent les juges à opérer une appréciation *in concreto* fondée sur ces mêmes éléments, à l'exclusion de l'établissement de normes de comportements difficiles à utiliser comme standards de référence dans l'état d'urgence. Mais cette faculté d'appréciation *in concreto*, se transforme en obligation de ce type pour la Cour de cassation. En effet, la Chambre criminelle casse les arrêts au motif que s'il

Actualité pénale

« ressort des motifs de l'arrêt que l'arrêté préfectoral énonçait, au visa des dispositions de l'article 11- I de la loi susvisée, que les locaux concernés étaient fréquentés par une personne susceptible d'y détenir illégalement des armes, d'entretenir des liens et de servir de soutien à des individus radicalisés, d'où il se déduisait une menace pour la sécurité et l'ordre publics, la cour d'appel, à qui il incombait, si elle estimait l'arrêté insuffisamment motivé, de solliciter le ministère public afin d'obtenir de l'autorité préfectorale les éléments factuels sur lesquels celle-ci s'était fondée pour prendre sa décision a méconnu [...] ».

Cette décision appelle une double observation. D'une part, si l'article 111-5 du Code pénal fonde la compétence judiciaire sur l'exception d'illégalité, il est possible de remarquer que dans la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, l'intervention de l'autorité judiciaire est matérialisée par le contrôle exercé par le procureur de la République sur les actes d'investigation accomplis. Sans entrer dans la polémique sur l'appartenance du ministère public à l'autorité judiciaire, la Cour de cassation fait peser une obligation sur le juge judiciaire d'utiliser intégralement le ressort de cette sauvegarde qui fonctionne comme intermédiaire. Puisqu'il incombe au procureur de la République de contrôler le déroulement de la perquisition, il lui appartient de demander un complément d'information sur les éléments factuels qui ont fondé l'acte administratif. Sans pouvoir les contrôler, il peut se substituer à un rouage de transmission des éléments à l'autorité judiciaire disposant du pouvoir d'appréciation, de contrôle et de sanction dans cette hypothèse. La présence de l'autorité judiciaire sous tous ses aspects est ainsi renforcée dans l'accomplissement des actes administratifs dans le cadre de l'état d'urgence. D'autre part, le contrôle des actes administratifs par le juge judiciaire n'est pas une simple faculté, mais une véritable obligation. Non seulement la Cour de cassation fait voler en éclats le monopole de la juridiction administrative en la matière, mais plus encore, elle agrandit le domaine de compétence du juge judiciaire. Il contrôle la forme ainsi que le fond des actes administratifs, il en apprécie le bien-fondé en droit et en opportunité, concurrençant pleinement et utilement le juge administratif. La Chambre criminelle donne toute sa puissance à l'article 66 de la Constitution qui a instauré l'autorité judiciaire en gardienne de la liberté individuelle.

Demeure la question de savoir si ce contrôle renforcé du juge judiciaire

Actualité pénale

touche tous les actes administratifs ou exclusivement ceux adoptés dans le cadre de la procédure de l'état d'urgence. Les arrêts du 28 mars 2017, en visant expressément la loi du 3 avril 1955, semblent limiter cette obligation aux actes dérogatoires accomplis dans le cadre de l'état d'urgence. Le visa, ainsi que les motifs formulés par les juges, vont clairement dans ce sens. Néanmoins, dans le cadre du bras de fer engagé entre le pouvoir administratif et l'autorité judiciaire, la répartition des compétences en matière de contrôle et sauvegarde des libertés fondamentales ne semble pas encore figée.

Infractions à la législation sur les stupéfiants

Crim. 14 mars 2017, n° 16-81805, publication à venir au Bull.

La Cour de cassation précise dans son arrêt la frontière entre les infractions d'usage et de détention de stupéfiants, étant donné que la première est exclusive de la seconde, qui est en la condition *sine qua non*. Une personne interpellée pour des faits de mise en danger de la vie d'autrui à l'occasion de la conduite d'un véhicule terrestre à moteur est trouvée en possession de trois grammes de cannabis. Elle déclare consommer quotidiennement cette quantité depuis une dizaine d'années. Le tribunal correctionnel, approuvé par la Cour d'appel, la déclare coupable de mise en danger de la vie d'autrui et de détention de stupéfiants. Cette dernière juridiction confirme la qualification de « détention de stupéfiants », au motif que le prévenu a été trouvé en possession de trois grammes de cannabis et qu'il a reconnu faire usage de cette substance depuis plusieurs années. Il forme un pourvoi en cassation, entendant démontrer que l'article L 34-21-1 du Code de la santé publique punit d'un an d'emprisonnement les faits d'usage illicite de stupéfiants. Cette répression spécifique démontre la volonté du législateur de « ne pas sanctionner lesdits usagers pour les délits de l'article 222-37 du Code pénal sur le trafic de stupéfiants, dès lors que tout consommateur est nécessairement tenu d'acquiescer et de transporter ces stupéfiants ». La Chambre criminelle casse l'arrêt de condamnation en reprenant l'argument du pourvoi et en lui donnant une assise fondée sur les principes généraux du droit pénal en visant conjointement les articles 111-4, 222-

Actualité pénale

37 du Code pénal et L 3421-1 du Code de la santé publique. L'article 222-37 du Code pénal punit de dix ans d'emprisonnement et de 7 500 000 € d'amende pour « le transport, la détention, l'offre, la cession, l'acquisition ou l'emploi illicites de stupéfiants ». L'article L. 3421-1 du code de la santé publique prévoit une peine d'un an d'emprisonnement et 3750 € d'amende « l'usage illicite de l'une des substances ou plantes classées comme stupéfiants ». Il est possible de remarquer que la volonté du législateur est d'adoucir la répression en cas d'usage de stupéfiants, réservant la sévérité de la réaction sociale au versant lucratif de cette activité qui révèle une forme de criminalité particulièrement grave, en raison, à la fois, de son caractère organisé et de sa dangerosité à l'égard de la santé publique. Par ailleurs, le bon sens commande de constater que tout usage repose nécessairement sur une détention qui en est une étape préalable nécessaire, sauf pour des biens dématérialisés, ce qui n'est nullement le cas de l'usage de stupéfiants. Dès lors, la question se pose de savoir si l'on peut retenir cumulativement les deux qualifications pénales ou si l'une est exclusive de l'autre ? La Cour de cassation vise ainsi l'article 111- 4 du Code pénal qui contient le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, s'appliquant tant au contenu des incriminations qu'à leur articulation au sein de l'édifice répressif en vue d'en assurer la cohérence. Cette logique la conduit à affirmer que « les dispositions spéciales du premier de ces textes, incriminant l'usage illicite de produits stupéfiants, excluent l'application du second, incriminant la détention de tels produits, si les substances détenues étaient exclusivement destinées à la consommation personnelle du prévenu ». Par conséquent, les juges sont obligés de « caractériser des faits de détention indépendants de la consommation personnelle du prévenu » pour cumuler les deux qualifications pénales. Trois arguments plaident dans ce sens.

Tout d'abord, la Chambre criminelle considère l'article L 3421-1 du Code de la santé publique comme une incrimination spéciale de l'usage de stupéfiants par rapport à l'article 222-37 du Code pénal qui contient l'infraction générique portant sur tous les faits de transport, de détention, offre, cession, acquisition.

Ensuite, cette solution s'inspire de la situation du concours idéal d'infractions. Les agissements matériels de détention sont incontestablement

Actualité pénale

blement présents dans l'une et l'autre des infractions, mais ne doivent donner lieu qu'à une qualification pénale, exclusive de l'autre, dans la mesure où nous sommes en présence d'une valeur sociale protégée identique. La Cour de cassation privilégie l'infraction-fin, véritable moteur de l'action criminelle, à l'infraction-moyen, élément de réalisation de l'infraction qui se trouve déterminé par le but poursuivi. Tel n'est pas le cas lorsque les faits permettent la qualification d'infractions différentes. À ce titre, dans un arrêt du 21 octobre 2015 (n° 14-82832), la Chambre criminelle a pu approuver les juges du fond qui avaient cumulé les infractions distinctes d'acquisition et détention de kétamine, et d'usage de cannabis, dans la mesure où les juges avaient « relevé, d'une part, qu'au cours de la perquisition effectuée à son domicile ont été découverts de l'herbe et de la résine de cannabis ainsi que de la kétamine, d'autre part, que les analyses toxico-urinaires du prévenu n'ont réagi positivement qu'au cannabis ».

Enfin, la politique pénale distingue entre l'infraction de détention de stupéfiants qui participe du trafic, dans sa dimension lucrative, organisée et insidieuse, et l'usage de stupéfiants reposant sur la perception des auteurs comme des malades d'addiction méritant régime de faveur. La détention de stupéfiants, en tant que composante des infractions prévues au Code pénal, privilégie la répression à l'égard des délinquants dangereux socialement, alors que l'usage de stupéfiants accentue la prévention à l'égard de personnes frappées d'une forme de dépendance. La philosophie sous-jacente des deux types de qualification est diamétralement opposée, ce qui ne permet pas d'opérer un transfert de criminalité et de pénalité par la décomposition juridique de l'infraction en différentes étapes susceptibles de qualifications différentes. Encore une fois, la Cour de cassation teinte l'interprétation stricte de coloration téléologique se plaçant en quête de l'esprit de la loi, sans égard pour une application automatique de sa lettre.

PROCÉDURE PÉNALE

Garde à vue - Critères et justification

Actualité pénale

Crim 28 mars 2017, n° 16-85018

La garde à vue doit correspondre à des raisons contenues dans l'article 62-2, mais le fond l'emporte sur la forme et les juges peuvent substituer les véritables raisons à celles qui auraient été indiquées initialement par l'officier de police judiciaire et qui ne correspondraient pas à la situation. Dans le cadre d'investigations sur des soupçons de soustraction, détournement ou destruction de bien d'un dépôt public par le dépositaire ou l'un de ses subordonnés, une personne a été placée en garde à vue. Les investigations ont débouché sur l'ouverture d'une information judiciaire. La personne a requis la nullité de la garde à vue, demande rejetée par la Cour d'appel. Le pourvoi exploite un moyen intéressant, mais qui ne retient pas l'attention de la Cour de cassation.

Le procès-verbal de garde à vue rédigé par l'officier de police judiciaire indiquait que la décision de placement avait été prise pour « permettre l'exécution des investigations impliquant sa présence ou sa participation, et pour garantir sa présentation éventuelle devant le procureur de la République », se plaçant ainsi dans le cadre de l'article 62-2 1° et 2°. Or, le déroulement de la garde à vue levée pendant la nuit et reprise le lendemain matin ne correspondait pas à cet objectif. D'ailleurs, les seuls actes accomplis pendant la garde à vue avaient consisté dans des confrontations avec d'autres personnes. Saisie de demande de nullité, la chambre de l'instruction la rejette en considérant que la garde à vue s'imposait face « à la nécessité de faire obstacle à des concertations », ce qui correspond au 5° (« Empêcher que la personne ne se concerte avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices »). Dès lors, le pourvoi exploitait cette substitution d'objectifs poursuivis par la garde à vue, en vue d'obtenir sa nullité. La Chambre criminelle rejette le pourvoi en considérant que « la garde à vue était logique et nécessaire et que ces mesures ont pu valablement être décidées au regard des 1°, 2° et 5° de l'article 62-2 ». Les objectifs définis à l'article 62-2 du Code de procédure pénale sont alternatifs ou cumulatifs, étant laissés à la libre appréciation de l'officier de police judiciaire qui décide de cette mesure coercitive. Si cela ne souffre aucune contestation, la Chambre criminelle va plus loin en affirmant que la chambre de l'instruction peut justifier a posteriori la mesure par un objectif qui n'a pas été initialement envisagé par l'officier de police judiciaire. Cela pré-

Actualité pénale

sente l'inconvénient de rendre contestable la garde à vue. En effet, elle doit constituer « l'unique moyen de parvenir à l'un au moins des objectifs suivants » selon la lettre de l'article 62-2. La solution de la Cour de cassation soulève deux questions. La première porte sur la nécessité de la mesure coercitive et vise son appréciation. Normalement, la nécessité doit être appréciée lors du placement en garde à vue par l'officier de police judiciaire. La substitution a posteriori d'une justification différente opérée par les juges porte le doute sur la nécessité elle-même. La deuxième question soulève l'interopérabilité des motifs de la garde à vue. Selon la Cour de cassation, « la mesure de garde à vue était l'unique moyen de parvenir à l'un au moins des objectifs prévus par l'article 62-2 du code de procédure pénale ». Si l'affirmation est incontestable dans le fond, un seul des objectifs justifie la garde à vue, la question de l'élasticité de son périmètre apprécié a posteriori et non plus au moment de la garde à vue opère une distorsion des principes de droit pénal général et jette le discrédit sur une mesure qui, en devenant susceptible de discussion du point de vue de sa justification, deviendrait discutable. La décision ouvre la porte à des éventuels abus car si on peut changer de justification après coup, cela pourrait vouloir, dire aussi que l'on peut justifier la garde à vue après son déroulement car les éléments obtenus montrent son utilité. Ainsi, de la nécessité on passerait à l'utilité, ce qui serait une sérieuse entorse à l'esprit de la loi du 14 avril 2011.

Contrôles d'identité

Crim. 8 mars 2017, n° 15-86160, publ. Bull. à venir

En novembre 2013, deux frères ont fait l'objet d'un contrôle d'identité dans une gare. L'identité de l'un d'entre eux a été vérifiée dans les locaux des services de la police aux frontières et il a été entendu sur sa carte d'identité belge qui a été appréhendée. Placé en garde à vue, il a été directement cité devant le tribunal correctionnel du chef d'usage de faux document administratif. Il a soulevé l'exception de nullité du contrôle d'identité et des actes subséquents, mais elle a été rejetée par les premiers juges qui l'ont condamné à quatre mois d'emprisonnement

Actualité pénale

avec sursis. La juridiction d'appel fait droit au moyen de nullité et annule la procédure établie par les services de police, la privant ainsi de tout fondement. De manière pédagogique, l'arrêt rappelle que « l'article 78-2 du code de procédure pénale envisage plusieurs modalités de contrôle d'identité, le contrôle judiciaire, le contrôle administratif et le contrôle dit Schengen », chacun étant assorti de conditions et d'un régime juridique différent. Par conséquent, « le procès-verbal de police relatif aux conditions de mise en œuvre du contrôle d'identité doit être explicite afin que le juge puisse exercer son contrôle sur le respect des règles applicables ». Or, en l'espèce, les juges constatent que le procès-verbal de contrôle de l'identité du prévenu n'a pas été produit et que le procès-verbal d'audition renvoie à la procédure sans indiquer le cadre légal dans lequel elle a été effectuée. Si les juges annulent la procédure, c'est parce qu'ils « en concluent ne pas être en mesure d'apprécier le respect par les policiers des dispositions susvisées ». Dès lors, devant la logique implacable des juges du fond, le pourvoi formé par le Procureur général était voué à l'échec.

La Cour de cassation détermine le cadre du contrôle d'identité effectué en l'espèce - prévu à l'article 78-2, alinéa 9, du Code de procédure pénale, il s'applique à toute personne se trouvant dans une zone accessible au public de gares ouvertes au trafic international et désignées par arrêté. Ce contrôle dit Schengen est soumis à des conditions particulières, outre le lieu spécifique et strictement délimité qui le justifie – opéré en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévues par la loi et ne peut être pratiqué que pour une durée n'excédant pas six heures consécutives dans un même lieu et ne peut consister en un contrôle systématique des personnes présentes ou circulant dans les zones ou lieux mentionnés. Ce type de contrôle a été introduit en raison des risques particulièrement élevés d'atteinte à l'ordre public dans ces zones en raison de la circulation internationale de nombreuses personnes. Dans un arrêt récent du 8 février 2017, n° 16-81323, la Chambre criminelle a précisé que ces contrôles ont pour objet « la prévention et la recherche des infractions liées à la criminalité trans-frontière ». Dès lors, les policiers ne doivent pas justifier être « en possession d'éléments objectifs, déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé, de nature à faire apparaître sa qualité d'étranger ».

Actualité pénale

Le juge judiciaire est tenu de s'assurer du respect de l'ensemble des conditions posées dans le Code de procédure pénale, mais il ne lui incombe pas de « rechercher l'existence éventuelle du procès-verbal de contrôle d'identité dont la production incombait au ministère public ». La Cour de cassation applique les principes généraux de la procédure pénale. En premier lieu, le juge judiciaire qui est chargé de garantir la liberté individuelle, selon l'article 66 de la Constitution, doit s'assurer du respect des conditions légales par ces mesures contraignantes et restrictives de liberté. Ensuite, la charge de la preuve pèse sur le ministère public qui supporte l'accusation. Ce n'est pas au juge de rechercher le procès-verbal du contrôle d'identité, c'est au ministère public de produire toutes pièces nécessaires à l'appui de l'accusation portée. En cas contraire, le fardeau de la preuve se révèle une épreuve impitoyable. Celui qui ne s'y conforme pas perd son procès, car le droit est fondé sur le principe simple selon lequel ce qui n'est pas prouvé, n'existe pas. Enfin, cette décision montre la volonté des juges de contenir ce contrôle d'identité particulier dans un champ d'application strict et de ne pas permettre des dérives qui le feraient sortir de son cadre initial pour être détourné et substitué aux autres contrôles d'identité. Si dans son arrêt du 8 février 2017, la Chambre criminelle met l'accent sur ses caractères limités dans le temps n'excédant pas six heures et opéré « de manière aléatoire et non systématique », dans l'arrêt du 8 mars 2017, elle veille aux conditions formelles de son exercice et, plus particulièrement, sur le procès-verbal de contrôle d'identité, acte de naissance de la procédure, dont la preuve incombe au ministère public.

BRÈVES

Agence française anti-corruption

Décret n° 2017-329 du 14 mars 2017 relatif à l'Agence française anti-corruption

Le décret, pris en application de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la

Actualité pénale

modernisation de la vie économique, précise, tout d'abord, les conditions d'application de certaines des missions de l'Agence. Il fixe ensuite son organisation générale et précise ses conditions de fonctionnement avec la mise en place d'un conseil stratégique. Il propose un plan pluriannuel de lutte contre la corruption, le trafic d'influence, la concussion, la prise illégale d'intérêt, le détournement de fonds publics et le favoritisme. L'Agence assure des actions de formation, de sensibilisation et d'assistance sur la prévention et la détection des risques en matière de corruption. Le décret expose également les conditions de fonctionnement de la commission des sanctions ainsi que les conditions de désignation et de récusation de ses membres. Il confère en outre à une partie des agents de l'agence une habilitation à effectuer des contrôles sur pièces et sur place. Il prévoit enfin les conditions dans lesquelles sont recrutés les experts et les personnes ou autorités qualifiées auxquels l'Agence a recours ainsi que les règles déontologiques qui leur sont applicables dans le cadre des missions de contrôle des opérateurs économiques et des autorités publiques et dans le cadre de l'exécution de la peine de mise en conformité.

Contestation dématérialisée des contraventions

Arrêté du 20 mars 2017 précisant les modalités de contestations dématérialisées des contraventions constatées par des appareils électroniques sécurisés permettant la réalisation d'un procès-verbal dématérialisé

Les dispositions du présent arrêté ont pour objet de permettre d'élargir la contestation en ligne, sur le site www.antai.fr, ouverte depuis novembre 2015 pour les infractions relevées dans le cadre du contrôle automatisé (vitesse, feu rouge...), d'autres infractions constatées par l'intermédiaire des appareils électroniques sécurisés permettant la réalisation d'un procès-verbal dématérialisé (ou procès-verbal électronique) à partir du 1^{er} avril 2017. Un accusé d'enregistrement de la contestation est présenté automatiquement à la personne lorsque celle-ci a validé et envoyé sa contestation. Ce document peut être téléchargé ou imprimé par la personne.

Actualité pénale

Extension du délit d'entrave de l'interruption volontaire de grossesse

Décision n° 2017-747 DC du 16 mars 2017

Les dispositions adoptées définitivement donnent une nouvelle rédaction à l'article L. 2223-2 du Code de la santé publique qui prévoit qu'est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende « le fait d'empêcher ou de tenter d'empêcher de pratiquer ou de s'informer sur une interruption volontaire de grossesse ou les actes préalables prévus par les articles L. 2212-3 à L. 2212-8 par tout moyen, y compris par voie électronique ou en ligne, notamment par la diffusion ou la transmission d'allégations ou d'indications de nature à induire intentionnellement en erreur, dans un but dissuasif, sur les caractéristiques ou les conséquences médicales d'une interruption volontaire de grossesse » dans deux cas - soit lorsque l'accès ou le fonctionnement des établissements pratiquant l'interruption volontaire de grossesse est perturbé, soit lorsque des pressions morales et psychologiques, menaces ou actes d'intimidation sont exercés à l'encontre des personnes cherchant à s'informer sur une interruption volontaire de grossesse, des personnels travaillant dans ces établissements, des femmes venues recourir à une interruption volontaire de grossesse ou de leur entourage. Les députés et sénateurs ont saisi le Conseil constitutionnel en soutenant que le délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse, tel que défini par la loi déferée, d'une part, porte une atteinte disproportionnée à la liberté d'opinion, d'expression et de communication, d'autre part, par sa rédaction floue et confuse, cette loi méconnaîtrait l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Enfin, la loi déferée contreviendrait à un double titre aux exigences résultant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, en faisant naître une incertitude sur les éléments constitutifs de l'infraction, ce qui constitue une violation du principe de légalité des délits et des peines, et que les peines applicables aux nouveaux cas d'entrave seraient disproportionnées. Le deuxième grief est écarté car « les dispositions contestées sont suffisamment claires et précises pour que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines et l'ob-

Actualité pénale

jectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », ainsi que le troisième, car les peines « retenues par le législateur ne sont pas manifestement disproportionnées ». En revanche, s'il n'est pas fait droit au premier grief, car « les dispositions contestées ne portent pas à la liberté d'expression et de communication une atteinte disproportionnée à l'objectif poursuivi », il entraîne une double réserve d'interprétation. « Toutefois, d'une part, la seule diffusion d'informations à destination d'un public indéterminé sur tout support, notamment sur un site de communication au public en ligne, ne saurait être regardée comme constitutive de pressions, menaces ou actes d'intimidation au sens des dispositions contestées, sauf à méconnaître la liberté d'expression et de communication. » Le Conseil constitutionnel ajoute deux conditions permettant la qualification pénale : « que soit sollicitée une information, et non une opinion ; que cette information porte sur les conditions dans lesquelles une interruption volontaire de grossesse est pratiquée ou sur ses conséquences et qu'elle soit donnée par une personne détenant ou prétendant détenir une compétence en la matière ». Ainsi, le champ d'application du délit est considérablement réduit en préservant la liberté d'opinion et en s'opposant à l'introduction de la pénalisation des « délits d'opinion ».

Cumul des sanctions : contribution spéciale et sanction pénale en cas d'emploi illégal d'un travailleur étranger

Décision n° 2016-621 QPC du 30 mars 2017

L'article L. 8253-1 du Code du travail prévoit que l'employeur qui a employé un travailleur étranger sans titre de travail peut être condamné à une contribution spéciale qui ne peut dépasser 5 000 fois le taux horaire minimum garanti, « sans préjudice des poursuites judiciaires pouvant être intentées à son encontre ». Selon les requérants, « ces dispositions, qui n'excluent pas leur application cumulative avec celles de l'article L. 8256-2 du code du travail » qui punit ces mêmes faits d'une peine d'emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 15 000 euros et permettent ainsi « qu'un employeur soit poursuivi et sanctionné deux fois pour les mêmes faits, sont contraires aux principes de nécessité et

Actualité pénale

de proportionnalité des délits et des peines ». Le Conseil constitutionnel considère « que les faits prévus et réprimés par les articles précités doivent être regardés comme susceptibles de faire l'objet de sanctions de nature différente », ce qui lui permet d'écarter le grief tiré de la méconnaissance du principe de nécessité et de proportionnalité des peines et de constater la constitutionnalité du dispositif contenu dans le Code du travail.

Police administrative

Par M. Ludovic GUINAMANT

Éloignement des étrangers en situation irrégulière : le vice de procédure doit s'accompagner de la justification d'un grief pour obtenir la mainlevée d'une rétention

Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 8 mars 2017, n° 16-13533

L'article L. 552-13 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile prévoit qu'en cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, la juridiction qui est saisie d'une demande d'annulation ou relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la mainlevée de la mesure de placement en rétention que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger.

Une ressortissante algérienne, en situation irrégulière en France, est placée en garde à vue, le 6 janvier 2016, du chef d'organisation de mariage frauduleux, puis en rétention administrative le lendemain. Le préfet ayant saisi le juge des libertés et de la détention d'une requête en prolongation de la mesure de maintien en rétention administrative, celui-ci constate la régularité de la procédure et assigne l'intéressée à résidence.

Le premier président de la Cour d'appel, saisi par la voie de l'appel, met fin à cette mesure en retenant que, lors d'une garde à vue, l'absence de remise d'un document écrit dans une langue comprise par l'intéressé, telle que prévue par l'article 803-6 du Code de procédure pénale, porte nécessairement atteinte à ses droits, même si la personne était assistée d'un interprète lors de la notification de celui-ci, et qu'il ressort de la procédure qu'un document a bien été remis, mais qu'aucun élément ne permet d'établir qu'il s'agissait bien d'un document en langue arabe, alors qu'il était constaté que l'intéressée avait besoin de l'assistance d'un interprète.

La Cour de cassation considère que, dès lors, la juridiction de fond re-

Police administrative

lève que l'intéressée a bénéficié, par le truchement d'un interprète, de l'information de l'intégralité des droits prévus à l'article 803-6 du Code de procédure pénale, il appartenait au premier président de rechercher si l'intéressée démontrait qu'une atteinte à ses droits résultait du défaut allégué de remise d'un document répondant aux exigences de ce même article.

Le Conseil d'État et la Cour de justice de l'Union européenne examinent la délicate question de la gestion des « mouvements secondaires » au sein de l'Union européenne

Cour administrative d'appel de Douai, 14 mars 2017, n°16DA01958
Cour de justice de l'Union européenne, 15 mars 2017, n°528/15, Al Chodor
Cour d'appel de Lyon, 21 mars 2017, n°17/02067 et 17/02054

Le Conseil d'État saisi pour se prononcer sur la gestion « des mouvements secondaires »

M.A..., se déclarant ressortissant irakien, a été interpellé dans le Calais par les forces de l'ordre le 14 septembre 2016. À la suite de la consultation du fichier Eurodac, il a été identifié comme demandeur d'asile en Allemagne et dès le 15 septembre 2016, la préfète du Pas-de-Calais a saisi les autorités allemandes d'une demande tendant à la réadmission de M. A... tout en prenant, le même jour, un arrêté décidant, d'une part, son futur transfert aux autorités allemandes et, d'autre part, son placement en rétention administrative pendant cinq jours.

Saisie en appel d'une décision du magistrat désigné par le président du tribunal administratif de Lille annulant la décision du 15 septembre 2016 portant futur transfert de M. A... en Allemagne, la Cour administrative d'appel de Douai décide de saisir pour avis le Conseil d'État afin que la cour suprême statue, d'une part, sur la légalité d'une décision portant

Police administrative

futur transfert et, d'autre part, sur la possibilité de placer en rétention administrative un étranger dont la demande d'asile est en cours d'examen dans un autre État membre.

L'article L. 561-2 du Code de l'Entrée et du Séjour des Étrangers et du Droit d'Asile (CESEDA) prévoit bien que l'on peut uniquement placer en rétention un étranger qui « fait l'objet d'une décision de transfert en application de l'article L. 742-3 », alors que l'article L. 742-2 prévoit : « L'autorité administrative peut, aux fins de mise en œuvre de la procédure de détermination de l'État responsable de l'examen de la demande d'asile et du traitement rapide et du suivi efficace de cette demande, assigner à résidence le demandeur ». Compte tenu des termes de ces deux articles, le législateur n'a pas envisagé le placement en rétention des individus qui ont demandé l'asile dans un État membre tant que l'État responsable n'a pas répondu à la France. En effet, seule une assignation à résidence est possible en droit français. Or, lorsque les forces de police interpellent un étranger, demandeur d'asile dans un autre État membre, sur la voie publique, il est assez fréquent que celui-ci ne justifie d'aucun domicile caractérisant un risque de fuite.

En revanche, l'article 28 du règlement 604/2014 du 26 juin 2013 prévoit que : « Les États membres peuvent placer les personnes concernées en rétention en vue de garantir les procédures de transfert conformément au présent règlement lorsqu'il existe un risque non négligeable de fuite de ces personnes, sur la base d'une évaluation individuelle et uniquement dans la mesure où le placement en rétention est proportionnel et si d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être effectivement appliquées ». Aux termes de cet article, le droit européen permet d'envisager une mesure de placement en rétention d'un étranger afin de garantir les procédures de transfert.

Or, un règlement de l'Union européenne est d'application directe et n'a pas à faire l'objet d'une transposition en droit interne. L'administration considère, par conséquent, que si la loi ne prévoit pas la possibilité de placer en rétention en étranger dans l'attente de la décision d'acceptation par un autre État membre, le droit dérivé de l'Union européenne le permet.

Police administrative

La Cour administrative d'appel de Douai a, compte tenu de la portée de sa décision, décidé de surseoir à statuer et de renvoyer les questions susmentionnées au Conseil d'État. La décision du Conseil d'État est, par conséquent, particulièrement attendue, dès lors que la pratique des forces de l'ordre pourrait évoluer dans les prochains mois.

La Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) et « les mouvements secondaires »

Par ailleurs, le 15 mars 2017, la CJUE a statué sur la portée de l'article 28 du règlement 604/2014 du 26 juin 2013.

Les conclusions de l'avocat général dans le dossier El Chodor du 15 mars 2017 énoncent la problématique des mouvements secondaires au sein de l'Union européenne : « Le contexte factuel de la présente affaire est emblématique du phénomène, largement observé ces dernières années, des « mouvements secondaires » par lesquels de nombreux demandeurs de protection internationale se déplacent de l'État membre responsable du traitement de leur demande. (...) à la différence de la procédure de retour, la procédure de transfert vise, notamment, des demandeurs se trouvant légalement sur le territoire de l'État membre requérant. (...) un demandeur a le droit de rester sur le territoire de l'État membre où il forme sa demande jusqu'à l'adoption de la décision de premier ressort statuant sur celle-ci ou, le cas échéant, jusqu'à l'issue du recours introduit contre cette décision ».

M. Al Chodor, ressortissant irakien, a fait l'objet d'un contrôle policier en République tchèque le 7 mai 2015. N'ayant présenté aucun document d'identité, la police de la République tchèque a ouvert une procédure administrative à son encontre et, constatant qu'il avait déposé une demande d'asile en Hongrie, l'a placé en rétention administrative.

Lors de son audition par la police, M. Al Chodor a déclaré qu'il était d'origine kurde et que son village avait été envahi par les combattants de l'organisation terroriste « État islamique ». Via la Turquie, M. Al Chodor serait parvenu en Grèce, d'où il aurait poursuivi sa route en camion.

Police administrative

En Hongrie, la police l'a arrêté et a collecté ses empreintes digitales. Il aurait ensuite quitté cet État après deux jours, dans l'intention de rejoindre des membres de sa famille en Allemagne.

Dans l'arrêt du 15 mars 2017, la CJUE sanctionne la République tchèque qui n'a pas suffisamment précisé, par la loi, le contenu de l'expression « risque non négligeable de fuite ». Elle considère que, compte tenu du haut niveau de protection lié au droit d'asile, seule la loi, et non la jurisprudence ou la pratique administrative, peut définir la notion de risque non négligeable de fuite.

À ce stade du contentieux, les juges du fond français, saisis d'un moyen tiré de l'imprécision légale de la notion de risque non négligeable de fuite, ont considéré que le contenu de l'article L. 511-1 du CESEDA permet à la France d'avoir des critères objectifs fixés par le législateur (voir notamment les décisions du premier président de la Cour d'appel de Lyon du 21 mars 2017).

Question prioritaire de constitutionnalité : le Conseil d'État renvoie au Conseil Constitutionnel l'examen des dispositions de l'alinéa 3 de l'article 5 de la loi du 3 avril 1955 permettant au préfet d'interdire le séjour d'un individu dans certains lieux

Conseil d'État, 2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies, 29 mars 2017, n° 407230

Lors de violentes manifestations du printemps 2016 contre la loi travail, les préfets de département ont pris de nombreux arrêtés interdisant le séjour de certaines personnes dans les lieux dans lesquels se dérouleraient des manifestations (voir notamment la veille juridique N°48 de mai 2016, p. 44-46).

Saisi au fond par voie d'exception, le Conseil d'État a décidé de renvoyer la question de constitutionnalité concernant les interdictions de

Police administrative

séjour prises dans le cadre de l'état d'urgence dans les prochaines semaines.

Le Conseil d'État valide l'arrêt du 3 décembre 2015 du ministre des Finances et des comptes publics, du ministre de l'Intérieur, du ministre de la Décentralisation et de la fonction publique et du ministre de la Ville, de la jeunesse et des sports fixant la liste des circonscriptions de police au droit à l'avantage spécifique d'ancienneté accordé à certains agents de l'État affectés dans les quartiers urbains particulièrement difficiles

Conseil d'État, 5^{ème} et 4^{ème} chambres réunies, n°396786

Le syndicat SGP Police - Force ouvrière a saisi le Conseil d'État tendant à l'annulation de l'arrêt du 3 décembre 2015 en tant qu'il limite le bénéfice de l'avantage spécifique d'ancienneté aux seuls agents affectés dans les 161 circonscriptions de police qu'il liste en annexe.

Le syndicat soutenait tout d'abord que pour l'attribution de l'avantage spécifique d'ancienneté, l'arrêt litigieux prévoit des dispositions différentes pour les fonctionnaires de police, les fonctionnaires de l'éducation nationale et les autres fonctionnaires civils de l'État. Toutefois, le Conseil d'État considère que, compte tenu, d'une part, des différences qui existent dans l'organisation territoriale des services déconcentrés de l'État et, d'autre part, de la spécificité des missions de ces différentes catégories d'agents publics et des difficultés qu'ils peuvent rencontrer, le pouvoir réglementaire a pu prévoir que la condition d'affectation dans un quartier urbain où se posent des problèmes sociaux et de sécurité particulièrement difficiles serait appréciée de façon différente pour les fonctionnaires de police, les fonctionnaires de l'éducation nationale, les autres fonctionnaires civils de l'État et les militaires de la gendarmerie nationale.

Police administrative

En outre, le Conseil d'État précise que le choix consistant à limiter l'Action Sociale des Armées (ASA) aux agents affectés dans des circonscriptions de sécurité de proximité n'est pas, en tant qu'il exclut de son bénéfice les fonctionnaires de police affectés dans les autres directions de la direction générale de la police nationale, lesquelles ne comportent pas de circonscriptions ou subdivisions territoriales où sont exercées des missions en relation directe avec ces quartiers, ne méconnaît pas les textes en vigueur applicables à la sécurité publique.

Enfin, le syndicat requérant soutenait que l'arrêté attaqué était entaché d'erreur de droit et d'erreur manifeste d'appréciation en ce qu'il ne retient pas certaines circonscriptions recouvrant des secteurs classés comme difficiles au titre de diverses réglementations intéressant la politique de la ville. Toutefois, Le Conseil d'État précise, d'une part, que les zones urbaines sensibles ou les quartiers prioritaires ont été définis à partir de critères privilégiant les problèmes d'habitat et de déséquilibre entre habitat et emploi et en se fondant sur un écart de développement économique et social, sans que les questions de sécurité ne soient déterminantes.

Droit des collectivités territoriales

Par M. Xavier LATOUR

Les orientations du Fonds Interministériel de Prévention de la Délinquance (FIPD) pour 2017

La circulaire NOR/INTA1701539J, du 16 janvier 2017, expose les orientations fixées par le Secrétariat général de prévention de la délinquance et de la radicalisation pour l'utilisation du fonds interministériel de prévention de la délinquance.

Les efforts financiers sont significatifs. L'État a, en effet, augmenté substantiellement les sommes disponibles. Les sommes débloquées représentent 195 millions d'euros (répartis entre les crédits d'engagement et de paiement).

Le document s'inscrit dans la continuité de la stratégie nationale de prévention de la délinquance pour la période 2013-2017, tout en tenant compte des infléchissements apportés en raison de la menace terroriste liée à la radicalisation islamiste.

C'est d'ailleurs très normalement ce sujet que la circulaire aborde pour commencer. Le plan de lutte contre la radicalisation bénéficie d'un apport de 15,1 millions d'euros.

L'objectif principal est de prévenir les phénomènes de radicalisation et d'encadrer les individus en voie de l'être grâce à une prise en charge individualisée.

En la matière, la participation des collectivités territoriales est perçue comme étant une absolue nécessité, tout comme le partenariat avec les grands réseaux associatifs.

Afin de mieux structurer ces travaux, la circulaire rappelle la création prochaine d'une cellule nationale de coordination et d'appui territoriale. Les actions finançables se répartissent, notamment, entre la mise en place de référents, de consultations par des psychologues et des psychiatres spécialement formés, d'actions éducatives et d'insertion, de soutien à la parentalité. Il peut aussi s'agir de soutenir des actions à destination de jeunes sous main de justice en milieu éducatif ouvert.

Droit des collectivités territoriales

Le FIPD poursuivra son action en direction de la formation et de la sensibilisation des professionnels (travailleurs sociaux, éducateurs...). L'enjeu est d'importance, alors que le ministre de l'Intérieur lui-même reconnaissait, le 1^{er} février 2017, devant la représentation nationale, les doutes des autorités sur les méthodes de déradicalisation. Les centres récemment ouverts sont loin de faire l'unanimité alors qu'ils conduisent à des dépenses élevées.

Autre priorité affichée par le texte, la sécurisation des sites (par l'installation de dispositifs de vidéoprotection) et l'équipement des policiers municipaux.

À propos de ces derniers, le texte rappelle le besoin de renforcer les dotations en gilets de protection pare-balles et en terminaux de radio-communication. Comparativement à d'autres sujets, les sommes fléchées paraîtront faibles avec un total de 0,9 million d'euros.

Cette orientation s'inscrit dans la continuité des actions engagées après 2015. La seule innovation concerne l'aide apportée à l'acquisition de caméras-piétons à la suite de l'entrée en vigueur du décret n° 2016-1861 du 23 décembre 2016.

Pour le reste, les financements se porteront sur les trois priorités définies par la stratégie nationale :

- la prévention de la délinquance des jeunes. Une attention particulière sera portée à des actions d'insertion professionnelle (travaux d'intérêt général, actions d'insertion...). À ce titre, les conseils locaux de sécurité et de prévention de la délinquance travailleront avec l'autorité judiciaire. En outre, un financement pourra être affecté à des actions d'amélioration des relations entre la population et les forces de l'ordre ;
- les violences faites aux femmes et les violences intrafamiliales demeurent prioritaires. Cela justifie la création de postes d'intervenants sociaux en police et en gendarmerie, ce dont on ne peut que se féliciter. La prise en charge des victimes constitue une priorité des forces de l'ordre en rejoignant leur dimension de ser-

Droit des collectivités territoriales

vice public. Les services de l'État agiront de conserve avec les collectivités territoriales et, au premier chef, les départements compétents en matière d'action sociale ;

- la tranquillité publique représente le troisième axe. Cela induit la poursuite de l'aide à l'installation de la vidéoprotection, bien que celle-ci ne soit plus considérée comme étant prioritaire. Plus largement, la prévention situationnelle est également visée. L'ensemble sera financé à hauteur de 34 millions d'euros.

La portée de la loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique sur les polices municipales et sur les activités privées de sécurité

Ce texte, non déféré au contrôle du Conseil constitutionnel, intéresse *les polices municipales* à plusieurs titres.

D'abord et après discussions entre l'Assemblée nationale et le Sénat, les conditions d'usages des armes par les policiers municipaux n'ont pas été assouplies.

S'il avait été envisagé par le Sénat de les aligner sur celles des agents de l'État, l'Assemblée nationale a préféré conserver le régime classique de la légitime défense (nouvel article L 511-5-1 CSI qui renvoie au nouvel article L 435-1 CSI). Le ministère de l'Intérieur soutenait, en effet, que les missions des policiers municipaux ne sont pas comparables avec celles exercées par la police ou la gendarmerie nationale.

Ensuite, l'article L. 512-1 CSI qui prévoyait que « les communes de moins de 20 000 habitants formant un ensemble de moins de 50 000 habitants peuvent avoir un ou plusieurs agents de police municipale en commun, compétents sur le territoire de chacune d'entre elles » a été modifié. La mise en commun n'est pas possible si la commune appartient à un Établissement Public de Coopération Intercommunale (EPCI) qui procède déjà à une mise en commun.

Comme cela était attendu, les seuils ont été corrigés afin d'ouvrir la

Droit des collectivités territoriales

mutualisation aux ensembles de communes plus peuplées. Celui de 20 000 habitants est supprimé, tandis que l'ensemble des communes peut désormais compter jusqu'à 80 000 habitants.

En outre, si la loi ne donne toujours pas aux policiers municipaux le droit de contrôler l'identité de personnes (possibilité envisagée en 2011 lors du vote de la loi d'orientation, de programmation et sur la performance de la sécurité intérieure), elle sécurise le dispositif du relevé. A cette fin, l'article 78-6 du Code de procédure pénale est modifié pour imposer une obligation de « demeurer à la disposition » des policiers municipaux, « pendant le temps nécessaire à l'information et à la décision de l'officier de police judiciaire ». « La violation de cette obligation est punie de deux mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende ».

Par ailleurs, l'article L. 511-1 CSI corrige, à juste titre, une lacune. En effet, jusqu'à présent, les policiers municipaux avaient moins de prérogatives que les agents privés de sécurité en matière de palpation et d'inspection visuelle des bagages. Désormais, ils pourront procéder à des palpations de sécurité, lorsqu'ils sont « affectés sur décision du maire à la sécurité d'une manifestation sportive, récréative ou culturelle ». Les agents peuvent, dans ce cas, « procéder à l'inspection visuelle des bagages et, avec le consentement de leur propriétaire, à leur fouille ».

Enfin, l'article 114 de la loi du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le terrorisme est modifié afin de permettre au Parlement de recevoir un rapport d'évaluation du gouvernement sur l'expérimentation par les policiers municipaux des caméras mobiles.

En ce qui concerne *les activités privées de sécurité*, le législateur s'est focalisé sur la question de l'armement en s'emparant d'un débat de société. Sur ce sujet, l'absence de clivages politiques explique la facilité avec laquelle les évolutions ont abouti.

De manière prévisible après les attentats de 2015-2016, la loi rompt avec une interdiction ancienne. En effet, les agents de protection phy-

Droit des collectivités territoriales

sique de personnes étaient désarmés, ce qui ne tolérait, en principe, aucune exception.

Toutefois, en pratique, deux éléments sont venus compliquer la situation. Régulièrement, des professionnels étrangers travaillant pour des clients étrangers bénéficient d'une autorisation de port à la demande du ministère des Affaires étrangères. Cette forme de concurrence était dénoncée par les professionnels français qui la qualifiaient de déloyale. De plus, certains professionnels disposent parfois d'un port d'arme, officiellement pour se protéger eux-mêmes.

Le nouvel article L 613-12 CSI remet de l'ordre dans tout cela. Désormais, l'armement est possible pour protéger le client. Un décret en Conseil d'État précisera les modalités d'application.

De manière plus originale au regard de la rapidité avec laquelle le droit évolue, la loi insère dans le CSI une nouvelle activité d'agent de sécurité privée armé.

Comme pour la protection physique de personnes, le législateur innove en assouplissant le principe d'une sécurité privée désarmée. Pour cela, il crée un statut particulier d'agent armé (article L 611-1 bis CSI), destiné à protéger les lieux (et les personnes s'y trouvant) exposés à un risque exceptionnel.

Une telle évolution est remarquable dans un pays comme la France, habituellement très réticent à la présence d'armes dans les espaces publics.

Trois raisons expliquent, cependant, ce revirement.

La première tient à l'émotion suscitée par les attentats de novembre 2015 et à l'intensité de la menace terroriste. De leur côté, des exploitants de lieux exposés attendaient un assouplissement de la loi.

La deuxième renvoie à la mobilisation importante de forces publiques pour des gardes statiques. Leur remplacement par des agents privés devient donc envisageable.

La troisième réside dans le fait que l'armement de la sécurité privée n'est pas totalement une nouveauté. En effet et sans évoquer l'armement de la protection embarquée à bord des navires de commerce, les convoyeurs de fonds et des agents de surveillance des grands ensembles d'habitation ont prouvé qu'ils pouvaient agir de manière fiable et professionnelle.

Droit des collectivités territoriales

Pour autant, l'État n'accorde pas un blanc-seing à la sécurité privée. Au contraire, les conditions d'exercice d'une activité armée sont et seront (après la rédaction d'un décret d'application en Conseil d'État) draconiennes.

La loi insiste déjà sur l'exclusivité de l'activité (article L 612-2 CSI). Des obligations spécifiques sont prévues en matière de formation professionnelle des agents et de stockage des armes.

Surtout, la présence d'agents armés dans certains lieux devra être autorisée par le préfet de département, pour un espace précis et une durée limitée.

Parallèlement, l'article L 613-5 CSI modifié permet aux agents de s'équiper d'armes de catégories D, à partir du 1^{er} janvier 2018. Cette évolution répond à une demande ancienne des personnels exposés au quotidien à des violences et qui souhaitent obtenir les moyens de se défendre. Les conséquences de ce changement restent à apprécier. En effet, l'ancien article L 613-5 permettait déjà d'armer les agents, mais cette possibilité n'était pas répandue. Il est vrai que tout concourt à limiter l'usage de la force par la sécurité privée, en particulier les articles R 631-10 (interdiction de toute violence) et R 631-11 (interdiction de l'armement) CSI dans sa partie Code de déontologie de la sécurité privée. Le décret d'application contribuera à clarifier la situation et à compléter un édifice resté inachevé depuis 1983.

Dans un autre registre, la loi autorise la présence d'agents armés sur les navires de commerce dans les eaux territoriales et les eaux intérieures, mais à titre exceptionnel et après autorisation du préfet maritime (article L 5442-1 du Code des transports). De la sorte, le législateur prend en considération l'existence d'une menace terroriste avérée.

Directeur de publication :	Colonel Laurent Vidal
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