

La veille juridique

N°70, septembre 2018

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



Edito

Comme chaque année, la rentrée est riche en actualité juridique. Les lois promulguées avant les vacances sont pleinement opérantes : la loi du 20 juin qui a intégré dans la loi du 6 janvier 1978 les dispositions du Règlement général sur la protection des données (RGPD) et la loi du 30 juillet 2108 relative au secret des affaires. Cette dernière transpose dans le droit national la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués. C'est dire si notre droit est de plus en plus un droit dérivé. Avec les échéances électorales européennes, l'Europe accélère la machine législative : ainsi sont en cours d'élaboration plusieurs règlements : ePrivacy, qui remplacera la directive 2002/58/CE vie

(Suite page 2)

EDITORIAL

privée et communications électroniques, eEvidence qui facilitera l'accès à des données susceptibles de servir de preuves, stockées à l'extérieur des frontières et/ou par des fournisseurs de services établis dans d'autres États membres ou dans des pays tiers et, enfin, le *Cybersecurity Act*, annoncé lors du sommet de Tallinn, en septembre 2017.

Au moment où nous publions cette veille juridique, le *Privacy Shield* serait-il en sursis ? Les 18 et 19 octobre prochains aura lieu sa deuxième évaluation annuelle. Les discussions vont s'engager dans un contexte nettement moins favorable à celui qui a présidé à son élaboration. En témoigne la résolution du Parlement européen en date du 5 juillet 2018, demandant à la Commission de suspendre le bouclier de protection des données jusqu'à ce que les autorités américaines se conforment aux dispositions de l'accord.

Rappelons que le *Privacy Shield* est né de l'annulation par la Cour de justice de l'Union européenne¹ de la décision n° 2000/520 CE du 26 juillet 2000 de la Commission constatant que les États-Unis respectent la « Sphère de sécurité », le *Safe Harbor*. Les juges européens ont estimé que les conditions requises pour garantir un niveau de protection adéquate des données transférées outre-Atlantique n'étaient pas respectées. Après négociations, la décision d'exécution (UE) 2016/1250 est adoptée par le Conseil, le 12 juillet 2016, après approbation du Parlement européen. Elle constate le niveau adéquat de protection des données à caractère personnel transférées de l'Union à des organisations aux États-Unis au titre du bouclier de protection des données UE-États-Unis. Le *Privacy Shield* remplace alors le *Safe Harbor*.

La première révision du *Privacy Shield* s'engage en septembre

1. CJUE, C-362/14 Maximilian Schrems/ Data Protection Commissioner du 6 octobre 2015.



ZONE INTERDITE GENDARMERIE NATIONALE

EDITORIAL

2017. En s'appuyant sur un rapport, la Commission considère, le 18 octobre, que « *les autorités américaines ont mis en place les structures et procédures nécessaires pour garantir le bon fonctionnement du bouclier de protection des données* ». Ce satisfecit repose notamment sur l'accès aux nouvelles possibilités de recours. Cet optimisme n'est pas partagé par les autorités européennes de protection des données à caractère personnel et par les organismes indépendants comme le Conseil national du numérique (CNNum).

La deuxième révision qui va prochainement débiter sera sans doute marquée par des échanges plus tendus, compte tenu de la position du Parlement européen. Pour considérer dans sa résolution que le bouclier de protection des données n'offre pas le niveau de protection adéquat requis par le droit de l'Union en matière de protection des données et par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, telle qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne, le Parlement européen fait plusieurs observations, parmi elles :

- le bouclier de protection des données UE-États-Unis est assorti de plusieurs engagements et assurances unilatéraux de la part de l'administration américaine, explicitant, entre autres, les principes de la protection des données, le fonctionnement de la surveillance, de la mise en application de la loi et des voies de recours, et les protections et garanties en vertu desquelles les agences de sécurité peuvent avoir accès aux données à caractère personnel et traiter ces dernières. Ces engagements ne sont pas tenus ;
- si l'avis du groupe de travail « article 29 » du 28 novembre 2017, intitulé « *EU-US Privacy Shield – First Annual Joint*

EDITORIAL

Review », prend acte des progrès du bouclier de protection des données par rapport à la décision, invalidée, relative à la sphère de sécurité, « *un certain nombre de questions restent en suspens, importantes et très préoccupantes, concernant à la fois le commerce et l'accès des autorités publiques américaines aux données transférées aux États-Unis au titre du bouclier de protection des données (que ce soit à des fins de répression ou de sécurité nationale)* » ;

- le mécanisme du médiateur mis en place par le département d'État américain n'est pas suffisamment indépendant et n'est pas doté de pouvoirs effectifs suffisants pour mener à bien ses missions et offrir aux ressortissants de l'Union des voies de recours efficaces ;
- les différentes procédures de recours offertes aux citoyens de l'Union européenne peuvent s'avérer trop complexes, difficiles à utiliser et moins efficaces ;
- l'absence de règles et de garanties spécifiques, dans le bouclier de protection des données, concernant les décisions fondées sur le traitement automatisé ou le profilage, qui produisent des effets juridiques ou affectent de manière significative l'individu ;
- le Congrès américain a modifié et réautorisé, le 11 janvier 2018, pour six ans, la section 702 du *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA) sans répondre aux préoccupations que la Commission exprime dans son rapport d'examen conjoint et de l'avis du groupe de travail « article 29 » ;

EDITORIAL

- Facebook Inc., Cambridge Analytica and SCL Elections Ltd sont des entreprises certifiées dans le cadre du bouclier de protection des données et, en tant que telles, elles ont bénéficié de la décision d'adéquation comme base juridique pour le transfert, en vue du traitement ultérieur, de données à caractère personnel de l'Union européenne vers les États-Unis. Or, Facebook a confirmé que les données de 2,7 millions de citoyens de l'UE figuraient parmi les données utilisées de manière abusive par le consultant politique Cambridge Analytica.

Pour toutes ces raisons, le Parlement s'inquiète du risque croissant que la Cour de justice de l'Union européenne puisse invalider la décision d'exécution (UE) 2016/1250 de la Commission sur le bouclier de protection des données. C'est dans ce contexte que s'engage le second examen du *Privacy Shield*, les 18 et 19 octobre 2018. Le 26 juillet, Věra Jourová, commissaire en charge de la justice, a écrit à Wilbur Ross, secrétaire américain au commerce, pour se plaindre de la lenteur de l'administration américaine dans la mise en œuvre des mesures liées au *Privacy Shield*. La prise en compte des dispositions du RGPD sera aussi sujet à débat avec la partie américaine. Les résultats seront commentés dans une prochaine veille juridique.

En attendant, je remercie l'équipe des auteurs de la « veille » qui nous permet d'être toujours en phase avec l'actualité juridique.

Par le général d'armée (2S) Marc Watin-Augouard

VEILLE JURIDIQUE DE LA GENDARMERIE NATIONALE



Sommaire

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

Déontologie et sécurité

Par M. Frédéric Debove

Une affaire mal pliée !

L'ultime veille déontologique (juin 2018) avant la dispersion estivale se rapportait à une condamnation de l'État français à la suite d'un usage inapproprié des armes à l'occasion d'un contrôle routier (CEDH, *Toubache c/ France*, 7 juin 2018). La première veille de la reprise est, quant à elle, consacrée à une nouvelle condamnation de la France en considération du décès d'un mis en cause après un contrôle routier, là encore. Au-delà du rapprochement phonétique, la ressemblance est troublante : une opération banale de police comme il en existe des milliers en France chaque jour et au bout du compte, une fin funeste avec le décès du conducteur ou du passager récalcitrant. **L'arrêt *Semache contre France* en date du 21 juin 2018** (req. n° 36083/16) illustre ainsi d'une façon singulière la célèbre réplique du *Guépard* réalisé par Visconti : « il faut que tout change pour que rien ne change » !

Après l'andouillette 5 A, le conducteur 3 A (âgé, alcoolisé et agité)

Les circonstances de l'espèce sont, à bien y regarder, d'une bien triste banalité : dans la soirée du 9 juin 2009, M. Ziri, âgé de 69 ans, et l'un de ses amis, un certain A. K., âgé de 60 ans, se trouvaient à bord d'un véhicule alors qu'ils avaient consommé de l'alcool. Alors que leur véhicule faisait des embardées, une patrouille du commissariat de sécurité publique d'Argenteuil,

Déontologie et sécurité

composée de trois agents, faisait signe au conducteur (en l'occurrence A. K.) de s'arrêter au bord de la route. Invité à sortir du véhicule, M. Ziri refusait d'obtempérer tout en proférant des insultes à l'adresse des fonctionnaires de police qui décidaient en conséquence de l'interpeller pour outrage. Menotté, M. Ziri était placé à l'arrière de la voiture de police en compagnie d'A.K. et d'un agent de l'équipage. Tandis qu'A.K. proférait des insultes et crachait sur l'un des fonctionnaires de police, M. Ziri tentait pour sa part d'asséner un coup à un autre membre de l'équipage. Le chef de bord se retournait alors sur son siège et se positionnait dos à la route, de façon à pouvoir maintenir M. Ziri de force par pression de ses deux mains sur son dos. Cette technique dite « du pliage » était utilisée pendant tout le temps du trajet vers le commissariat d'Argenteuil, soit un peu plus de trois minutes. Extraits du véhicule par la force, compte tenu de leur résistance, M. Ziri et son ami étaient ensuite transportés, sans réaction apparente et la tête pendante, à l'intérieur du poste de police pour être présentés à un officier de police judiciaire. Dans la salle de mise à disposition, les intéressés qui vomissaient régulièrement étaient placés en position allongée, mains menottées dans le dos. Trente minutes après leur arrivée au commissariat, un équipage conduisait les deux individus interpellés à l'hôpital sur les instructions du chef de poste après, semble-t-il, une attente de près de 45 minutes dans le fourgon. Dès leur arrivée à l'hôpital d'Argenteuil, M. Ziri et son ami étaient démenottés et installés sur un brancard en position latérale de sécurité dans l'attente d'être présentés à un médecin. En arrêt cardiaque au moment où un médecin arrivait pour l'examiner (environ 40 minutes après son admission), M. Ziri était alors immédiatement conduit dans le service de réanimation où son comas puis son décès devaient être constatés.

Déontologie et sécurité

Souvent Justice varie, bien fol qui s'y fie

En droit interne, la procédure subséquente au décès de M. Ziri est marquée du sceau de la complexité et de l'incertitude judiciaires ou, si l'on préfère une version optimiste, la culture du doute ! un doute d'ailleurs accentué par une saisine parallèle de l'ancienne Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) qui avait réclamé – sans même avoir eu accès aux pièces de l'information judiciaire – l'engagement de poursuites disciplinaires à l'encontre de l'ensemble des policiers ayant eu à connaître de la personne de M. Ziri.

Le jour même des faits, une procédure pour recherche des causes de la mort était ouverte dans le cadre de laquelle une première autopsie était réalisée. Le 22 juin 2009, une enquête préliminaire était ouverte du chef d'homicide involontaire en considération du délai trop long (45 minutes) s'étant écoulé entre l'admission de M. Ziri à l'hôpital et sa prise en charge effective. À l'issue des investigations menées dans ce cadre d'enquête, le procureur de la République classait l'affaire sans suite, faute d'éléments suffisants permettant d'engager la responsabilité personnelle des policiers, membres de l'équipage, ou du personnel hospitalier. Bien décidés à surmonter cette décision de classement, des proches de M. Ziri saisissaient alors le doyen des juges d'instruction d'une plainte avec constitution de partie civile. À la suite de cette plainte, une information était ouverte et de nouvelles investigations étaient ordonnées (nouvelle autopsie, audition de témoins présents dans les locaux du commissariat le jour des faits litigieux, saisie des bandes vidéos du commissariat et des messages radios échangés par l'équipage avec le commissariat d'Argenteuil, etc.) pour déterminer la cause exacte de la mort, vérifier si les gestes des policiers avaient pu

Déontologie et sécurité

entraîner la mort, et indiquer si la prise en charge hospitalière était conforme aux règles de l'art ou avait pu contribuer au décès. À l'automne 2012, le magistrat instructeur ordonna un non-lieu à l'encontre de l'ensemble des protagonistes au motif que ses investigations n'avaient établi « *aucun acte de violence volontaire qui aurait été la cause directe ou indirecte du décès de M. Ziri, ni aucune faute directe ou indirecte imputable à quiconque qui aurait volontairement causé la mort* ». Après confirmation de cette ordonnance par la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Versailles (février 2013), la Chambre criminelle de la Cour de cassation (18 février 2014) devait annuler ce non-lieu au motif que les magistrats versaillais avaient omis de « *rechercher si les contraintes exercées sur M. Z. n'avaient pas été excessives au regard du comportement de l'intéressé et si l'assistance fournie avait été appropriée* ».

Sur renvoi, la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Rennes (12 décembre 2014) se rangea à la position des juges versaillais en confirmant l'ordonnance de non-lieu aux motifs notamment que « *les expertises médicales effectuées présentaient des hypothèses et parvenaient à des conclusions divergentes de sorte qu'il n'était pas possible de retenir une cause certaine de la mort de M. Z.* ». Cette décision allait ensuite devenir définitive à la faveur du rejet du pourvoi par la Chambre criminelle de la Cour de cassation (arrêt du 16 février 2016). À la suite de cette décision définitive de rejet, la fille de M. Ziri saisissait la Cour européenne des droits de l'Homme. Invoquant une violation de l'article 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (droit à la vie), la requérante soutenait pour l'essentiel que les mesures nécessaires à la protection du droit à la vie de son père n'avaient pas été prises. Elle prétendait, en outre, que l'enquête menée sur les faits

Déontologie et sécurité

litigieux n'était pas effective.

L'action en responsabilité de l'État, préalable obligatoire à la saisine de la Cour européenne ?

Avant même de statuer sur le fond des prétentions de la requérante, la Cour européenne des droits de l'Homme a été appelée à trancher une question de droit à la fois délicate et de première importance, compte tenu des enjeux pratiques qui en résultent. Toute saisine de la Cour suppose, on le sait, un épuisement des voies de recours interne (art. 35 §1 CEDH). Or, peut-on légitimement considérer qu'un requérant satisfait cette condition en se constituant partie civile dans une instance pénale sans engager par ailleurs une action en responsabilité de l'État à raison du fonctionnement défectueux du service public de la justice, sur le fondement de l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire ?

Contrairement à la requérante, le Gouvernement français voyait dans cette action en responsabilité un préalable obligatoire à la saisine des juges de Strasbourg. Telle n'est pas la position adoptée par la Cour. Au soutien de leur solution, les juges européens énoncent tout d'abord « *qu'en matière d'allégation de recours illégal à la force par les agents de l'État, des procédures civiles ou administratives visant uniquement à l'allocation de dommages et intérêts et non à l'identification et à la punition des responsables – telle que l'action en responsabilité de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire – ne sont pas en règle générale des recours adéquats et effectifs propres à remédier à des griefs fondés sur le volet matériel des articles 2 et 3 de la Convention* ». La Cour précise ensuite que « *la constitution de partie civile devant les juridictions répressives (d'instruction ou de jugement) est une voie logique et efficace pour*

Déontologie et sécurité

dénoncer un recours illégal à la force par des agents de l'État ». Logique, car l'article 2 CEDH impose aux États de mener d'office une enquête officielle effective, de nature à permettre d'établir les causes de la mort et d'identifier les éventuels responsables de celle-ci et d'aboutir à leur punition. Efficace, car la plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction déclenche l'ouverture d'une instruction ; la recherche des éléments relatifs aux faits dénoncés est alors confiée à un magistrat investigateur qui dispose pour ce faire de moyens bien plus efficaces que ceux auxquels un individu peut avoir accès. Ce mécanisme permet ainsi aux victimes de faits constitutifs d'un crime ou d'un délit d'augmenter leurs chances d'obtenir réparation de leurs préjudices. En conséquence, dès lors que la requérante s'est constituée partie civile et que son action a donné lieu à plusieurs décisions de justice (en première instance, en appel et en cassation) épuisant ainsi les recours auxquels cette plainte pouvait donner lieu, le Gouvernement français ne saurait – dans les circonstances de l'espèce – lui reprocher de ne pas avoir en plus intenté l'action en responsabilité de l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire.

Rudolement, asphyxie posturale, absence d'assistance médicale : point trop n'en faut !

Sur le fond du droit, la requérante alléguait une double violation de l'article 2 CEDH. S'agissant du volet matériel du grief, elle estimait que l'utilisation de la technique d'immobilisation dite du « pliage » à l'encontre de son père n'était absolument pas nécessaire. En ce qui concerne le volet procédural du grief, la

Déontologie et sécurité

requérante considérait que l'enquête menée à la suite du décès de son père n'avait pas été suffisamment effective, en l'absence d'investigations permettant d'éclaircir les circonstances du drame et d'identifier les responsables.

Après avoir rappelé les principes généraux applicables en la matière, la Cour de Strasbourg va s'attacher à apporter des réponses précises aux deux questions essentielles soulevées par les circonstances de l'espèce. La première a trait aux obligations négatives mises à la charge de l'État, dans le contexte de l'usage de la force par des agents de police contre le père de la requérante lors de son transport vers le commissariat d'Argenteuil. La seconde se rapporte à l'obligation positive de l'État de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de la vie de ce dernier lorsqu'il se trouvait sous le contrôle de fonctionnaires de police, notamment dans le commissariat.

S'agissant des obligations négatives, la Cour observe tout d'abord que l'immobilisation forcée du père de la requérante visait un but légitime : il s'agissait en effet de le neutraliser, alors que son agitation faisait courir un risque pour sa sécurité ainsi que pour celle des autres passagers du véhicule et des autres usagers de la route. La Cour considère ensuite que l'immobilisation forcée du père de la requérante, alors qu'il se trouvait dans le véhicule de police à destination du commissariat d'Argenteuil, était justifiée et strictement proportionnée au but poursuivi, compte tenu des gestes d'agitation, de l'état d'ivresse et d'énerverment dans lequel M. Ziri se trouvait. Cela étant, la Cour observe que « *la dangerosité des techniques d'immobilisation impliquant une compression du thorax est reconnue par les autorités françaises (V. singulièrement la note de l'IGPN en date du 8 octobre 2008 relative aux principes de discernement et de proportionnalité applicables au recours à la force) et les agents de police qui ont procédé à l'arrestation*

Déontologie et sécurité

et au transport du père de la requérante ne pouvaient ignorer qu'en pratiquant un pliage sur lui, ils usaient d'une méthode comportant un risque potentiel pour la vie ». Il en va d'autant plus ainsi qu'il s'agissait d'un homme âgé (69 ans) en état d'ébriété, et dont les mains étaient menottées dans le dos, qui se trouvait de ce fait dans un état de faiblesse cognitive ou physique si ce n'est de vulnérabilité, ce qui ne pouvait échapper auxdits agents de police. Par-delà le recours à la technique d'immobilisation dite du « pliage », la Cour considère que l'obligation de vigilance que les autorités doivent respecter à l'égard des personnes privées de liberté était renforcée en l'espèce, du fait de l'état de faiblesse dans lequel se trouvait M. Ziri à son arrivée au commissariat. Or, l'intéressé y a été laissé allongé sur le sol, dans son vomi, les mains menottées, sans vérification ni surveillance médicale immédiate et sans soins pendant plus d'une heure (étant observé qu'il n'est par ailleurs pas établi qu'il aurait été placé en position latérale de sécurité). La conclusion de la Cour s'impose alors comme une évidence : la situation du père de la requérante, lorsqu'il se trouvait au commissariat d'Argenteuil, a été traitée avec négligence par les autorités, ces dernières n'ayant pas fait ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour prévenir la réalisation du risque de décès auquel il était exposé. Il s'ensuit un manquement par l'État défendeur à l'obligation positive de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie.

Délégation n'est pas synonyme de désintérêt

Autant la Cour condamne l'État français s'agissant du volet

Déontologie et sécurité

matériel de l'article 2 CEDH, autant elle l'absout en ce qui concerne le volet procédural de la même disposition. Contrairement aux allégations de la requérante, les juges européens estiment en effet que l'enquête menée à la suite du décès de M. Ziri n'est pas déficiente et satisfait pleinement les critères d'effectivité, d'indépendance, d'impartialité et de célérité requis en pareilles circonstances. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour observe tout d'abord que les autorités ont réagi avec promptitude, singulièrement avec l'ouverture d'une enquête aux fins de recherche des causes de la mort puis d'une enquête préliminaire. Il ressort par ailleurs du dossier que de nombreuses investigations (autopsies, expertises médicales, auditions de témoins, analyses des échanges radios et des images enregistrées par le système de vidéoprotection du commissariat) ont été menées dans le cadre de l'enquête pénale et de l'information judiciaire, même si la Cour déplore clairement l'absence de reconstitution des faits. Certes, comme le fait remarquer la requérante, le magistrat instructeur n'a pas réalisé lui-même les actes d'enquête, confiant notamment les interrogatoires des policiers et des témoins à l'Inspection générale de la police nationale (IGPN). Cette délégation ne saurait toutefois à elle seule caractériser une déficience. En effet, l'ensemble des actes ainsi accomplis ont été réalisés sous l'autorité et sous le contrôle de ce magistrat, étant en outre observé que la requérante ne met en cause ni l'indépendance ni l'impartialité de l'IGPN ou de ceux de ses membres qui ont enquêté sur commissions rogatoires. Pour le surplus, en même temps qu'elle relève que la procédure a quelque peu manqué de célérité (6 ans et 8 mois au total), la Cour considère que cette lenteur ne suffit pas, dans les circonstances de l'espèce et au vu des mesures prises, à mettre en cause l'effectivité de l'enquête dans son ensemble.

Droit de l'espace numérique

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

Jurisprudence judiciaire

Cour de cassation, ch. com., arrêt du 6 juin 2018, n° 16-29065, Caisse du crédit mutuel de Fruges / Mme Y.

Ne peut bénéficier des dispositions des articles L. 133-16 et L. 133-19 du Code monétaire et financier le titulaire d'une carte bancaire qui a livré ses coordonnées personnelles en réponse à un courriel qui contient des indices permettant à un utilisateur normalement attentif de douter de sa provenance.

La Cour de cassation était saisie sur un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de Douai du 3 novembre 2016 qui a condamné la Caisse de crédit mutuel de Fruges à rembourser à Mme Y. les sommes frauduleusement prélevées sur son compte à la suite d'une action malveillante par hameçonnage.

En l'espèce, Mme Y. a répondu à un courriel imitant ceux adressés par son opérateur de téléphonie et a ainsi communiqué des données confidentielles ayant rendu possibles plusieurs prélèvements contestés. La Caisse a refusé de rembourser la victime en arguant que la communication des données n'avait pas été faite « à son insu ».

La Cour d'appel, quant à elle, a considéré que Mme Y. n'avait pas commis de négligence grave, dès lors que le courriel revêtait l'apparence générale de l'authenticité avec le logotype de son

Droit de l'espace numérique

opérateur. Son contenu était détaillé et dépourvu de fautes d'orthographe ou de syntaxe défailante qui auraient pu l'alerter. La Cour a, en outre, considéré que si un examen minutieux du courriel en question révélait qu'il contenait des indices propres à faire douter de sa provenance, tels que le caractère inadéquat de l'adresse de l'expéditeur, le numéro de contrat SFR mentionné, la discordance entre les montants réclamés ou encore le fait que Madame Y. réglait ses factures de téléphonie par prélèvement bancaire, il n'en demeurerait pas moins que, dépourvu d'anomalies grossières et revêtant l'apparence générale de l'authenticité, il avait surpris sa vigilance.

Mais pour la Cour de cassation, « manque, par négligence grave, à son obligation de prendre toute mesure raisonnable pour préserver la sécurité de ses dispositifs de sécurité personnalisés l'utilisateur d'un service de paiement qui communique les données personnelles de ces dispositifs de sécurité en réponse à un courriel qui contient des indices permettant à un utilisateur normalement attentif de douter de sa provenance ».

Depuis l'arrêt du 25 octobre 2017¹ confirmé par un arrêt du 28 mars 2018², la Cour se montre nettement plus exigeante à l'égard des victimes d'hameçonnage. Dans ces deux cas, le scénario est le même, la fraude étant rendue possible par le comportement de la victime qui manque de vigilance à la réception d'un courriel trompeur, de mieux en mieux conçu et rédigé.

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

2. Cour de cassation, ch. com., arrêt du 28 mars 2018 (n° 16-20018) M.X. c/ Caisse de crédit mutuel de Beauvais. Voir également veille juridique n° 67, avril 2018, p.19.21.

Droit de l'espace numérique

Article L. 133-16, Code monétaire et financier

« Dès qu'il reçoit un instrument de paiement, l'utilisateur de services de paiement prend toute mesure raisonnable pour préserver la sécurité de ses données de sécurité personnalisées.

Il utilise l'instrument de paiement conformément aux conditions régissant sa délivrance et son utilisation qui doivent être objectives, non discriminatoires et proportionnées. »

Article L. 133-19, Code monétaire et financier

« I. - En cas d'opération de paiement non autorisée consécutive à la perte ou au vol de l'instrument de paiement, le payeur supporte, avant l'information prévue à l'article L. 133-17, les pertes liées à l'utilisation de cet instrument, dans la limite d'un plafond de 50 €.

Toutefois, la responsabilité du payeur n'est pas engagée en cas :

- d'opération de paiement non autorisée effectuée sans utilisation des données de sécurité personnalisées ;
- de perte ou de vol d'un instrument de paiement ne pouvant être détecté par le payeur avant le paiement ;
- de perte due à des actes ou à une carence d'un salarié, d'un agent ou d'une succursale d'un prestataire de services de paiement ou d'une entité vers laquelle ses activités ont été externalisées.

II. - La responsabilité du payeur n'est pas engagée si

Droit de l'espace numérique

l'opération de paiement non autorisée a été effectuée en détournant, à l'insu du payeur, l'instrument de paiement ou les données qui lui sont liées.

Elle n'est pas engagée non plus en cas de contrefaçon de l'instrument de paiement si, au moment de l'opération de paiement non autorisée, le payeur était en possession de son instrument.

III. - Sauf agissement frauduleux de sa part, le payeur ne supporte aucune conséquence financière si le prestataire de services de paiement ne fournit pas de moyens appropriés permettant l'information aux fins de blocage de l'instrument de paiement prévue à l'article L. 133-17.

IV. - Le payeur supporte toutes les pertes occasionnées par des opérations de paiement non autorisées si ces pertes résultent d'un agissement frauduleux de sa part ou s'il n'a pas satisfait intentionnellement ou par négligence grave aux obligations mentionnées aux articles L. 133-16 et L. 133-17.

V. - Sauf agissement frauduleux de sa part, le payeur ne supporte aucune conséquence financière si l'opération de paiement non autorisée a été effectuée sans que le prestataire de services de paiement du payeur n'exige une authentification forte du payeur prévue à l'article L. 133-44.

VI. - Lorsque le bénéficiaire ou son prestataire de services de paiement n'accepte pas une authentification forte du payeur prévue à l'article L. 133-44, il rembourse le préjudice financier causé au prestataire de services de paiement du payeur. »

Droit de l'espace numérique

TGI Paris, Que Choisir c/ Twitter, 7 août 2018

Twitter est condamné à supprimer 256 clauses abusives et à verser des dommages et intérêts de 30 000 euros.

En mars 2014, l'association UFC-Que Choisir a décidé d'attaquer en justice certains GAFAM pour les clauses abusives contenues dans leurs conditions générales d'utilisation (CGU). Twitter vient d'être condamné après plus de quatre années de procédures. Le tribunal n'a pas manqué de relever que Twitter avait modifié ses clauses à quatre reprises au cours de l'instance... Un appel est toutefois envisageable. Le réseau social doit supprimer 256 clauses abusives ou illicites présentes dans ses « Conditions d'utilisation », « Politique de confidentialité » et « Règles de Twitter ». Ces clauses sont réputées non écrites et donc inopposables aux utilisateurs consommateurs de Twitter, dans la mesure où elles ont pour effet de :

- considérer les données personnelles comme des données « publiques » par défaut ;
- transférer librement les données personnelles dans un autre pays sans autres précisions ;
- se déclarer irresponsable en cas de faille de sécurité entraînant la fuite notamment des données personnelles ;
- copier, adapter, modifier, vendre les contenus postés ou futurs des utilisateurs, y compris ceux protégés par le droit de la propriété intellectuelle, à tout bénéficiaire sur tout

Droit de l'espace numérique

support, sans autorisation préalable ;

- clôturer le compte d'un utilisateur en conservant notamment son nom sans limitation de durée ;
- modifier les 25 pages de « conditions générales d'utilisation », renvoyant en partie à des contenus en anglais, sans en informer systématiquement les utilisateurs ;
- user trop fortement du recours aux liens hypertextes (38 pour accéder à une dizaine d'autres documents !), rendant impossible pour le consommateur la vision de ses droits et devoirs.

Les dommages et intérêts (30 000 euros, soit 34 395 dollars) correspondent à un peu plus de huit minutes du chiffre d'affaires 2017 de Twitter (2,1 milliards de dollars). Cette somme est certes insignifiante, comme le pense UFC-Que Choisir, mais c'est principalement la manifestation de la compétence du juge sur le contentieux des CGU qui doit retenir l'attention.

Les réseaux sociaux n'échappent pas à la vigilance du juge français. En vertu des conditions générales d'utilisation, les utilisateurs sont, en principe, soumis en cas de litige aux lois des pays sièges des plateformes. Mais la Cour d'appel de Pau (1^e chambre), dans un arrêt du 23 mars 2012, a déclaré non écrite (car « illisible ») la clause attributive de compétence aux tribunaux de Californie contenue dans les conditions générales d'utilisation du site Internet Facebook. Le 4 avril 2013, le juge des référés du TGI de Paris a condamné Twitter à communiquer à la victime d'une usurpation d'identité l'ensemble des éléments

Droit de l'espace numérique

d'identification de l'auteur du faux profil. Twitter avait justifié son refus en considérant que les données étaient stockées aux États-Unis. Le même tribunal, par ordonnance du 5 mars 2015, s'est déclaré compétent pour juger Facebook qui a censuré le tableau de Gustave Courbet, « L'origine du monde », et supprimé un profil. Facebook déniait au juge français le droit d'en connaître en s'appuyant sur la clause attributive de compétence à un tribunal américain du Northern District de Californie ou à un tribunal d'État du comté de San Mateo... Selon l'avocat de la défense, l'application de cette clause, considérée comme abusive par le TGI, aurait eu pour conséquence d'empêcher 22 millions d'utilisateurs de Facebook de saisir les tribunaux français. La Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 12 février 2016, relève que « la clause attributive de compétence prévue à l'article 15 des conditions générales du contrat oblige le souscripteur, en cas de conflit avec la société à saisir une juridiction particulièrement lointaine et à engager des frais sans aucune proportion avec l'enjeu économique du contrat souscrit pour des besoins personnels ou familiaux ; que les difficultés pratiques et le coût d'accès aux juridictions californiennes sont de nature à dissuader le consommateur d'exercer toute action devant les juridictions concernant l'application du contrat et à la priver de tout recours à l'encontre de la société Facebook Inc. ; qu'à l'inverse, cette dernière a une agence en France et dispose de ressources humaines et financières qui lui permettent d'assurer sans difficulté sa représentation et sa défense devant les juridictions françaises ; que dès lors, la clause attributive de compétence au profit des juridictions californiennes contenue dans le contrat a pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, ; qu'elle a également pour effet de créer une entrave sérieuse pour un utilisateur français à l'exercice de son action en justice ». Le tribunal de grande

Droit de l'espace numérique

instance de Paris est donc à nouveau saisi et rend son jugement le 15 mars 2018 qui reconnaît que Facebook a commis une faute sans donner raison au plaignant³. Mais ce n'est sans doute pas la fin de la joute judiciaire, ce dernier ayant déclaré faire appel...

Justice administrative

Conseil d'État, 10^e et 9^e chambres réunies, French Dat Network et autres, 26 juillet 2018

Le Conseil d'État sursoit à statuer et adresse à la Cour de justice de l'Union européenne deux questions préjudicielles.

Le Conseil d'État est saisi par French Data Network, la Quadrature du Net et la Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs afin d'annuler pour excès de pouvoir la décision implicite de rejet résultant du silence gardé par le Premier ministre sur leur demande tendant à l'abrogation de l'article R. 10-13 du Code des postes et des communications électroniques et du décret n° 2011-219 du 25 février 2011. Les requérants critiquent ces deux textes qu'ils estiment contraires à la Charte des droits fondamentaux de l'UE et à la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le

³. « Facebook a exercé son droit de résiliation sans opposer au titulaire du compte un délai de préavis raisonnable et sans préciser les raisons de cette désactivation ». L'auteur, quant à lui, n'a pas « démontré avec la rigueur qui s'impose que la désactivation de son compte serait due à l'affichage du tableau sur son « mur ». Jugement de Salomon...

Droit de l'espace numérique

traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques).

1. L'article R.10-13 pour la conservation de données dans le cadre de la fourniture au public de services de communications électroniques

L'article R. 10-13 du Code des postes et communications électroniques a été pris en application du III de l'article L. 34-1 dudit Code. Il précise l'obligation faite aux opérateurs de conserver « pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales » des données à caractère personnel dans le cadre de la fourniture au public de services de communications électroniques. Comme le précise l'article R.10-12 du même Code, il s'agit des données de trafic. Cet article a été créé par le décret n° 2006-358 du 24 mars 2006 relatif à la conservation des données des communications électroniques, transposant la directive UE de 2006, et entre dans la section « Protection de la vie privée des utilisateurs de réseaux et services de communications électroniques ».

Article R. 10-13, Code des postes et communications électroniques⁴

« I.- les opérateurs de communications électroniques conservent pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales :

⁴. En application du II de l'article L. 34-1 du Code des postes et communications électroniques.

Droit de l'espace numérique

- a) Les informations permettant d'identifier l'utilisateur ;
- b) Les données relatives aux équipements terminaux de communication utilisés ;
- c) Les caractéristiques techniques ainsi que la date, l'horaire et la durée de chaque communication ;
- d) Les données relatives aux services complémentaires demandés ou utilisés et leurs fournisseurs ;
- e) Les données permettant d'identifier le ou les destinataires de la communication.

II. – Pour les activités de téléphonie l'opérateur conserve les données mentionnées au II et, en outre, celles permettant d'identifier l'origine et la localisation de la communication.

III. – La durée de conservation des données mentionnées au présent article est d'un an à compter du jour de l'enregistrement.

IV. – Les surcoûts identifiables et spécifiques supportés par les opérateurs requis par les autorités judiciaires pour la fourniture des données relevant des catégories mentionnées au présent article sont compensés selon les modalités prévues à l'article R. 213-1 du code de procédure pénale. »

S'agissant de l'article R. 10-13, le Conseil d'État considère que, contrairement à ce que soutiennent les intervenants, le fait que l'obligation de conservation qu'il explicite revête un caractère général sans être limitée à des personnes ou circonstances particulières n'est pas, par lui-même, contraire aux exigences découlant des stipulations de l'article 8 de la Convention européenne

Droit de l'espace numérique

de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. En outre, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne s'applique que lorsque les États membres mettent en œuvre le droit de l'Union. Le Conseil d'État précise qu'elle n'élargit pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union, ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies dans les traités.

Par ailleurs, selon l'article 4 du Traité sur l'Union européenne, l'Union « respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque Etat membre ».

La directive du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, « ne s'applique pas aux activités qui ne relèvent pas du traité instituant la Communauté européenne (...) et, en tout état de cause, aux activités concernant la sécurité publique, la défense, la sûreté de l'État (y compris la prospérité économique de l'État lorsqu'il s'agit d'activités liées à la sûreté de l'État) ou aux activités de l'État dans des domaines relevant du droit pénal ».

2. Le décret du 25 février 2011 pour la conservation des données identifiant les créateurs de contenus

Le décret n° 2011-219 du 25 février 2011 relatif à la conservation et à la communication des données applique les dispositions de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 relative à la

Droit de l'espace numérique

confiance dans l'économie numérique qui transposent dans le droit français la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (directive sur le commerce électronique). Il précise les conditions dans lesquelles il est possible d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne. Le premier alinéa du II de cet article enjoint les fournisseurs d'accès (qui sont des opérateurs) et les hébergeurs (qui ne sont pas des opérateurs) de détenir et de conserver les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont ils sont prestataires. Le décret susvisé précise la nature des données pouvant être conservées.

Le II de l'article 6 n'entre pas dans le champ d'application de la directive du 12 juillet 2002 qui ne concerne que le traitement des données à caractère personnel dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public sur les réseaux publics de communications au sein de l'UE. En revanche, les dispositions du II de l'article 6 de la loi du 21 juin 2004 relèvent du champ d'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information.

L'article 15, paragraphe 1, de cette directive prévoit que « les États membres ne doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture des services visée aux articles 12, 13 et 14, une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites ». Mais l'article 2 du même article dispose que « les États membres peuvent instaurer, pour les prestataires

Droit de l'espace numérique

de services de la société de l'information, l'obligation d'informer promptement les autorités publiques compétentes d'activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services ou d'informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient ou de communiquer aux autorités compétentes, à leur demande, les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services avec lesquels ils ont conclu un accord d'hébergement ».

Ainsi, selon le Conseil d'État, la directive n'instaure pas, par elle-même, une interdiction de principe quant à la conservation des données relatives à la création de contenu, à laquelle il pourrait seulement être dérogé par exception.

L'obligation de conserver de manière générale et indifférenciée a été cependant contestée par l'arrêt CJUE du 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige AB c/ Post-och telestyrelsen et Secretary of State for the Home Department c/ Tom Watson et autres* (C-203/15 et C-698/15). À cette occasion, la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que l'article 15, paragraphe 1, de cette directive, « lu à la lumière des articles 7, 8 et 11 ainsi que de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale prévoyant, à des fins de lutte contre la criminalité, une conservation généralisée et indifférenciée de l'ensemble des données relatives au trafic et des données de localisation de tous les abonnés et utilisateurs inscrits concernant tous les moyens de communication électronique ».

Le Conseil d'État souligne qu'une telle conservation préventive et indifférenciée présente une utilité sans équivalent pour la recherche, la constatation et la poursuite des infractions pénales. Il rappelle que la Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt précité, a dit qu'une telle conservation, dès lors qu'elle

Droit de l'espace numérique

ne révèle pas le contenu d'une communication, n'est pas de nature à porter atteinte au « contenu essentiel » des droits consacrés par les articles 7 et 8 de la Charte. Ce même arrêt énonce qu'un objectif d'intérêt général de l'Union est susceptible de justifier des ingérences, même graves, dans ces droits fondamentaux, après avoir relevé que « la protection de la sécurité publique contribue également à la protection des droits et des libertés d'autrui » et que « l'article 6 de la Charte énonce le droit de toute personne non seulement à la liberté, mais également à la sûreté ».

Compte tenu cependant des difficultés d'interprétation qui apparaissent, le Conseil d'État sursoit à statuer et pose deux questions préjudicielles à la Cour de Justice de l'Union européenne :

1° *L'obligation de conservation généralisée et indifférenciée, imposée aux fournisseurs sur le fondement des dispositions permissives de l'article 15, paragraphe 1, de la directive du 12 juillet 2002, ne doit-elle pas être regardée, notamment eu égard aux garanties et contrôles dont sont assortis ensuite le recueil et l'utilisation de ces données de connexion, comme une ingérence justifiée par le droit à la sûreté garanti à l'article 6 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les exigences de la sécurité nationale, dont la responsabilité incombe aux seuls États membres en vertu de l'article 4 du traité sur l'Union européenne ?*

2° *Les dispositions de la directive du 8 juin 2000, lues à la lumière des articles 6, 7, 8 et 11 ainsi que de l'article 52, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles permettent à un État d'instaurer une*

Droit de l'espace numérique

réglementation nationale imposant aux personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne et aux personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services, de conserver les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires, afin que l'autorité judiciaire puisse, le cas échéant, en requérir communication en vue de faire respecter les règles relatives à la responsabilité civile ou pénale ?

Jurisprudence européenne

CJUE, 7 août 2018, Land Nordrhein-Westfalen/Dirk Renckhoff, (C-161/17)

La mise en ligne sur un site Internet d'une photographie librement accessible sur un autre site Internet avec l'autorisation de l'auteur nécessite une nouvelle autorisation de cet auteur.

M. Renckhoff a autorisé les exploitants d'un site Internet de voyages à publier une de ses photographies qui est affichée sans mesure de restriction empêchant son téléchargement. Il constate que cette photographie est visible sur le site de l'école de Waltrop. Elle figure en illustration des pages d'un exposé rédigé par une élève dans le cadre d'un atelier de linguistique. L'élève a pris la précaution d'indiquer la référence sous la photo.

Le photographe considère que cette reproduction porte atteinte à

Droit de l'espace numérique

son droit d'auteur et demande à la justice du Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie qui exerce le contrôle de l'école d'interdire sa mise à la disposition du public et réclame des dommages et intérêts. Un premier jugement en dispose ainsi. En appel, le Tribunal régional supérieur de Hambourg confirme l'atteinte au droit d'auteur considérant « *que la circonstance que la photographie était déjà accessible à tous sans restriction sur Internet, avant les agissements litigieux, était dénuée de pertinence, la reproduction de la photographie sur le serveur et la mise à la disposition du public qui s'est ensuivie sur le site Internet de l'école ayant entraîné un « découplage » avec la publication initiale sur le site Internet de voyage* ». Saisi d'un pourvoi en révision, le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) décide de surseoir à statuer et pose à la CJUE la question préjudicielle suivante :

« *L'insertion, sur un site Internet accessible au public, d'une œuvre librement disponible pour l'ensemble des internautes sur un autre site Internet avec l'autorisation du titulaire du droit d'auteur constitue-t-elle une mise à la disposition du public, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, lorsque l'œuvre a d'abord été copiée sur un serveur puis, de là, téléchargée sur le site Internet ?* ».

La CJUE répond dans ce sens en considérant que « *la mise en ligne d'une œuvre protégée par le droit d'auteur sur un site Internet autre que celui sur lequel a été effectuée la communication initiale avec l'autorisation du titulaire du droit d'auteur doit, dans des circonstances telles que celles en cause, être qualifiée de mise à la disposition d'un public nouveau* ». Elle opère une distinction entre une mise en ligne et une mise à disposition d'œuvres protégées au moyen d'un lien cliquable renvoyant à un autre site Internet sur lequel la communication initiale a été effectuée : « *à la différence des hyperliens qui contribuent au bon fonctionnement d'Internet, la mise en ligne sur un site Internet sans l'autorisation du titulaire du droit*

Droit de l'espace numérique

d'auteur d'une œuvre préalablement communiquée sur un autre site Internet avec l'accord du titulaire ne contribue pas, dans la même mesure, à un tel objectif ». Pour la Cour, il importe peu que le titulaire du droit d'auteur n'ait pas restreint les possibilités d'utilisation de la photographie par les internautes en ligne. L'utilisation sur un site Internet d'une photographie librement accessible sur un autre site Internet avec l'autorisation de l'auteur nécessite une nouvelle autorisation de cet auteur.

Si le droit doit être respecté (*dura lex sed lex*), on ne manquera pas de relever la médiocrité de la démarche du demandeur, eu égard à l'objectif poursuivi par la jeune élève. Désormais, faire un exposé dans le cadre de sa scolarité devient un exercice juridiquement périlleux !

Textes réglementaires

Arrêté du 27 juillet 2018 modifiant l'arrêté du 28 novembre 2008 fixant la liste des emplois d'officiers et de sous-officiers commissionnés recrutés au titre de l'article L. 4132-10 du Code de la défense

Comme le précise l'article 1^{er} du décret n° 2008-959 du 12 septembre 2008, les militaires commissionnés sont recrutés par contrat, en qualité d'officier, sous-officier ou officier marinier,

Droit de l'espace numérique

pour satisfaire des besoins immédiats des armées ou des formations rattachées, aux fins d'occuper des emplois de spécialistes à caractère scientifique, technique ou pédagogique qui ne sont pas pourvus par les autres modes de recrutement et de formation ou qui font l'objet d'une vacance temporaire.

La liste des emplois est fixée par arrêté du ministre des Armées ou du ministre de l'Intérieur pour la gendarmerie nationale.

L'arrêté du 27 juillet concerne les armées : il élargit les domaines de compétence justifiant le recrutement d'officiers et de sous-officiers commissionnés. Peut désormais être admise l'une des qualifications suivantes :

- expert en cybersécurité ;
- spécialiste en cybersécurité ;
- technicien en cybersécurité ;
- expert en cyberdéfense ;
- spécialiste en cyberdéfense.

Cette modification accompagne la montée en puissance de la cyberdéfense au sein des armées. Mais on pourra s'interroger sur la distinction qui est opérée par le texte entre la « cybersécurité » et la « cyberdéfense ». Comme le précise l'Agence nationale de sécurité des systèmes d'information (ANSSI), la cybersécurité est un état obtenu en conjuguant la sécurité des systèmes d'information, la lutte contre la cybercriminalité et la cyberdéfense. Il y a visiblement un problème de sémantique...

Pour les militaires de la gendarmerie, le texte de référence est l'arrêté du 14 mars 2018. L'énumération des compétences recherchées est plus détaillée et met en évidence l'importance du

Droit de l'espace numérique

traitement des données et des réseaux au sein de la gendarmerie :

- expert en sécurité des systèmes d'information ;
- spécialiste ou technicien de maintenance de *datacenter* ;
- expert dans les technologies de communications et de routage réseau ;
- expert dans les technologies de systèmes d'exploitation et de virtualisation ;
- expert dans les technologies de *middlewares* et de services orientés architecture ;
- expert de haut niveau en technologies numériques ;
- expert en développement d'algorithmes innovants ;
- spécialiste en recherche opérationnelle ou en statistiques ;
- expert en investigations numériques et en sciences des données.

Sur l'arrêté relatif à la gendarmerie, on regrettera le terme « *middleware* » pouvant être remplacé par intergiciel, plus conforme aux exigences de la langue française, surtout dans un texte publié par Legifrance...

Droit de l'espace numérique

Par la lieutenant Océane GERRIET

Le devoir de réserve à l'ère des réseaux sociaux

Commentaire de l'arrêt du Conseil d'État du 27 juin 2018, requête n° 412541

Dans son livre *La mort de l'État Républicain* (1947), Michel Debré décrit le fonctionnaire comme un « *un homme de silence* » qui « *sert, travaille et se tait* ». Au travers de ces propos, l'obligation de discrétion et de réserve imposée à ceux qui servent l'État est portée à son paroxysme.

Dans sa décision rendue le 27 juin 2018, le Conseil d'État rappelle la prudence dont doit faire preuve tout agent public, *a fortiori* militaire, lorsqu'il s'exprime sur les réseaux sociaux.

En l'espèce, un officier de gendarmerie avait publié sur Internet des articles critiquant avec virulence, parfois en termes outranciers, l'action du gouvernement et sa politique. Il signait ces articles avec un pseudonyme ; néanmoins, il se prévalait de sa qualité d'ancien élève de l'École spéciale militaire de Saint-Cyr et de l'École des officiers de la gendarmerie nationale.

Dès lors, il fut sanctionné disciplinairement d'un blâme, en raison d'un manquement à son devoir de réserve. Le Conseil d'État confirme la sanction au motif que « *même en dehors du service et fût-ce sous couvert d'anonymat (...) les manquements reprochés (...) étaient constitutifs d'une faute de nature à justifier une sanction disciplinaire* ».

Droit de l'espace numérique

Si nos militaires ont, de tout temps, évoqué leurs guerres et carrières sur le papier, l'essor du cyberspace, et la facilité avec laquelle nous pouvons désormais communiquer, a eu pour conséquence une libéralisation de la parole. L'utilisation des pseudonymes est une sorte de compromis entre la discrétion qui doit être la nôtre et l'envie dévorante de se joindre à cette *agora* du XXI^e siècle. Néanmoins, cet espace qui semble « *sans foi, ni loi* »¹ est rattrapé abondamment par la réglementation.

Internet, l'alpha et l'oméga du devoir de réserve ?

Les origines

La liberté d'expression est reconnue aux agents publics. D'une part, par les articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 ; d'autre part, elle est consacrée par le Conseil Constitutionnel qui l'a même érigée en principe général du droit à valeur constitutionnel². Il s'agit aussi d'un droit fondamental garanti par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales de 1950.

Plus spécifiquement, pour les militaires, **l'article L. 4121-1 du Code de la défense** rappelle ce principe en posant immédiatement des restrictions énonçant alors le devoir de réserve, le devoir de discrétion et le secret professionnel.

1. Propos tenus par Alain Finkelkraut sur BFMTV le 31 janvier 2014.

2. Décision n° 76-67 DC du 15 juillet 1976 à propos de la Loi modifiant l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires.

Droit de l'espace numérique

A *contrario*, pour les fonctionnaires, le principe n'est pas spécifiquement précisé. Cependant, depuis le célèbre arrêt Bouzanquet³, les magistrats ont inscrit dans le marbre jurisprudentiel ce devoir de réserve qui s'impose « à tout agent public »⁴, y compris non titulaire⁵.

En tous les cas, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) a eu l'occasion d'affiner sa notion de « *clause de nécessité dans une société démocratique* »^{6/7} qui lui permet de déroger à la liberté garantie par l'article 10. Néanmoins, elle accorde une importante marge de manœuvre aux États afin de concilier les intérêts en présence⁸. Ainsi, toute ingérence dans la liberté d'expression doit concourir à l'un des buts légitimes mentionnés à l'article 10§2 et la mesure prise doit être proportionnée.

En effet, l'objectif recherché de ce devoir de réserve est de garantir la neutralité et l'impartialité⁹ de l'administration. Deux notions proches qui entretiennent des liens étroits. L'une faisant écho à la loyauté^{10/11} que doivent les agents à leur administration,

3. CE, 11 janvier 1935, Bouzanquet.

4. CE, 28 juillet 1993, requête n° 97189.

5. [Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dite loi Le Pors](#)

6. CEDH, 8 juin 1976, Engel c. Pays Bas.

7. CEDH, 1^{er} juillet 1997, Kalac c. Turquie. L'État doit pouvoir imposer des restrictions quand la discipline militaire est en danger.

8. CEDH, 26 septembre 1995, Vogt c. Allemagne.

9. Article R. 434-11 du Code de la sécurité intérieure.

10. À ce propos, voir l'arrêt CEDH, 26 septembre 1995, Vogt c. Allemagne : « *La Cour rappelle que la protection de l'article 10 de la Convention s'étend à la sphère professionnelle en général et aux fonctionnaires en particulier. Cela étant, elle n'oublie pas que les salariés ont un devoir de loyauté, de réserve et de discrétion envers leur employeur. Cela vaut en particulier pour les fonctionnaires, dès lors que la nature même de la fonction publique exige de ses membres une obligation de loyauté et de réserve.* »

11. Article R. 434-2 du Code de la sécurité intérieure.

Droit de l'espace numérique

l'autre au principe de non-discrimination qui vise à assurer l'égalité de tous devant le service public. Concrètement, cela se traduit par l'impossibilité d'exprimer des opinions politiques ou religieuses qui seraient de nature à créer un doute sur l'impartialité de l'agent¹². Pour les militaires, cela a notamment pour conséquence l'interdiction de constituer un syndicat et d'adhérer à un parti politique.

L'extension aux médias sociaux

Dès lors, qu'est-ce que concrètement le devoir de réserve ? Il peut se définir comme l'interdiction de manifester une opinion, un comportement de nature à porter atteinte à l'image de son institution, que ce soit en ou hors service et de manière écrite ou orale.

De facto, quel est son champ d'application ? L'étendue du devoir de réserve est double puisqu'il s'applique aussi bien en service qu'en dehors de celui-ci. En effet, l'agent public n'est plus un citoyen comme les autres, car il représente à chaque instant son institution¹³. Pour ceux qui en doutent, cela est pourtant pleinement ancré dans le statut, tant des fonctionnaires (article 26 de la loi de 1983 précitée) que des militaires¹⁴.

Ainsi, il convient de rappeler que les magistrats utilisent différents critères pour évaluer la restriction nécessaire à la

12. Article R. 434-32 du Code de la sécurité intérieure.

13. CE, 11 févr. 1953, Touré Alhonsseini.

14. Article R. 434-31 du Code de la sécurité intérieure & suivants (pour les gendarmes).

Droit de l'espace numérique

liberté d'expression. Ceux-ci ont été transposés dans le cadre de l'espace numérique.

En premier lieu, **la nature et le contenu des propos** sont analysés. Personne ne se verrait reprocher de tenir une chaîne Youtube sur ses aventures dans *Assassin Creed*. Les propos tenus doivent, soit porter atteinte à l'image de l'institution¹⁵, soit violer le devoir de discrétion¹⁶, soit constituer une infraction pénale¹⁷, soit constituer un manquement au devoir de neutralité^{18/19} ou de loyauté²⁰.

En second lieu, un critère supplémentaire peut être celui de **la place occupée par le militaire dans la hiérarchie**, y compris après sa radiation des cadres ^{21/22}.

¹⁵. CE, 20 mars 2017, n° 393320. À propos d'un agent non titulaire de la police municipale qui tient un blog évoquant ses activités professionnelles.

¹⁶. CEDH, 9 janvier 2018, Catalan c. Roumanie. À propos de la divulgation d'information professionnelle confidentielle dans la presse // CEDH, 16 décembre 1992, Hadjianastassiou c/ Grèce. À propos d'un officier des armées utilisant des connaissances professionnelles en matière d'armement au profit du privé.

¹⁷. CE, 1er juillet 1988, n° 73658. À propos d'un policier qui, au travers de la revue syndicale, tient des propos irrévérencieux et diffamatoires à l'égard de sa hiérarchie.

¹⁸. *Ibid.*

¹⁹. CE, 12 janvier 2011, n° 338461. Le fait pour un officier de critiquer la politique gouvernementale sur un site Internet et de participer à des débats télévisés constitue un manquement à son devoir de réserve mais, en raison de son excellent manière de servir, de la nature modérée de ses propos, cela ne justifiait pas la radiation.

²⁰. CEDH, 8 juin 1976, Engel c. Pays Bas. Le fait pour des militaires de critiquer leurs supérieurs par voie de presse.

²¹. CE, 22 septembre 2017, n° 404921. À propos d'un officier général placé en 2S qui appelle à manifester malgré une interdiction préfectorale. Ce général sera sanctionné d'une radiation des cadres.

²². CE, Ass., 13 mars 1953, Teissier. À propos d'un haut fonctionnaire qui critique l'exécution des politiques publiques dont il a la charge / Voir aussi : CE, 10 mars 1971, Jeannes.

Droit de l'espace numérique

En troisième lieu figure le critère le plus intéressant : **la publicité des propos**. Il s'agit bien entendu de la publicité « physique »²³ mais aussi « numérique ». Dès lors, les propos tenus sur des blogs, des sites, des forums ou des messageries électroniques professionnelles peuvent donner lieu à des sanctions disciplinaires²⁴. Cependant, le site web doit être public, c'est-à-dire accessible. Dès lors que le site ou le réseau social utilisé est « verrouillé », les informations partagées sont considérées comme privées²⁵. En effet, l'intéressé a entendu ne permettre l'accès à son compte qu'à un nombre restreint d'abonnés, qu'il a agréés. *A contrario*, la publication de propos sur un profil (Facebook, Twitter, Instagram, LinkedIn, etc.) dont les paramètres de confidentialité sont « ouverts » est considérée comme publique et donc utilisable comme moyen de preuve au litige.

C'est au regard de l'ensemble de ces critères que les magistrats déterminent l'équilibre entre la liberté d'expression et le devoir de réserve. Deux affaires illustrent parfaitement cela, il s'agit des deux arrêts Matelly c. France. Lors de l'instance de 2009, il s'agissait de propos publics de nature à porter atteinte à la crédibilité de l'institution tenus par un officier de gendarmerie. La Cour a précisé alors que la mesure disciplinaire ne constituait pas « *une ingérence disproportionnée* »²⁶. Néanmoins, en 2014, la Cour a

²³. CE, 9 février 2005, n° 257240. À propos d'un policier municipal en tenue qui, publiquement, critique le maire de sa commune.

²⁴. CE, 23 avril 2009, n° 316862. À propos d'un sous-préfet qui s'exprime de manière vivement polémique à l'égard tant de différentes personnalités françaises que d'un État étranger.

²⁵. Soc. 20 décembre 2017, n° 16-19609.

²⁶. CEDH, 15 septembre 2009, Matelly c. France.

²⁷. CEDH, 2 octobre 2014, Matelly c. France.

Droit de l'espace numérique

considéré que la sanction de radiation était manifestement disproportionnée²⁷.

À l'aune de ces nouveaux défis, les institutions ne sont pas inactives puisque, à titre d'exemple, la gendarmerie diffuse à ses membres un guide d'usage des médias sociaux. En outre, l'article R. 434-12 du Code de la sécurité intérieure intègre spécifiquement ce devoir de vigilance qui incombe aux policiers et aux gendarmes lorsqu'ils s'expriment sur ceux-ci.

« *Le silence est d'or, la parole d'argent* ». À l'image de ce proverbe hébreu, si la liberté d'expression est une garantie fondamentale pour les citoyens, le devoir de réserve constitue une boussole qui doit guider les agents publics.

Actualité pénale

Par Mme Claudia Ghica-Lemarchand

VIOLENCES SEXUELLES ET SEXISTES – LOI DU 3 AOÛT 2018

Le Président de la République, M. Emmanuel Macron, a présenté l'égalité hommes-femmes comme la grande cause de son quinquennat. À la suite d'affaires fortement médiatisées, de déclarations politiques spectaculaires, le Gouvernement a présenté un projet de loi pour améliorer la répression des infractions sexuelles sur mineur et, plus spécifiquement, contre les femmes. La loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes a été définitivement adoptée dans l'indifférence estivale, après avoir suscité des débats parlementaires houleux et une mobilisation engagée de certaines associations. Surnommée loi Schiappa, du nom de la médiatique secrétaire d'État à l'égalité hommes-femmes, occultant totalement le soutien du ministère de la Justice, la loi se compose de plusieurs titres modifiant le droit substantiel et la procédure pénale, qu'il s'agisse d'une amélioration des dispositions existantes ou de l'introduction de nouvelles infractions.

I. L'AMÉLIORATION DE LA PROTECTION DES MINEURS CONTRE LES VIOLENCES SEXUELLES

Le premier titre contient des dispositions renforçant la protection des mineurs contre les violences sexuelles et se compose de deux chapitres distincts, le premier relatif à la procédure pénale, alors que le second contient des modifications de la répression des

Actualité pénale

infractions.

A. LA PRESCRIPTION

Le premier chapitre modifie la prescription et retouche plusieurs textes du Code de procédure pénale et du Code pénal.

L'article 7 du Code de procédure pénale est enrichi d'un alinéa 3 qui prévoit que l'action publique des crimes de l'article 706-47 « lorsqu'ils sont commis sur des mineurs, se prescrit par trente années révolues à compter de la majorité de ces derniers ». La loi du 27 février 2017 a porté le délai de prescription de l'action publique en matière criminelle à vingt ans, l'alignant sur le délai de prescription de la peine. Ainsi, le délai exceptionnel de vingt ans qui s'appliquait aux crimes sexuels commis sur mineurs devient le délai de droit commun applicable à tout crime. Une seule distinction demeurerait dans le domaine, puisque les mineurs continuaient de bénéficier du report du point de départ de la prescription au moment de la majorité. En alignant les délais de prescription de tous les crimes, sans tenir compte de la vulnérabilité intrinsèque des mineurs, le législateur amoindrit la valeur symbolique de la protection pénale accordée aux enfants.

La loi du 3 août 2018 choisit de rétablir la distinction des délais de prescription. Ainsi, les crimes de viols, d'agressions sexuelles, de tortures et actes de barbarie, les meurtres et assassinats (la circonstance prévue dans ce même texte qui exigeait que ces infractions soient accompagnées de viols ou tortures et actes de barbarie a été supprimée par la loi), les crimes de violences sur un mineur de quinze ans ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente (ajout spécifique de la loi de 2018), la traite d'êtres humains, le proxénétisme à l'égard des mineurs, le recours à la prostitution d'un mineur, la corruption sur mineur,

Actualité pénale

etc. sont soumis de nouveau au délai de prescription de trente ans à partir de la majorité de la victime. Cette modification s'accompagne d'une mise en cohérence qui conduit à la suppression du premier alinéa de l'article 9 du Code de procédure pénale, car il devient inutile de préciser que la prescription commence à courir à partir de la majorité de la victime dans le cadre des dispositions spéciales, puisque la règle figure dorénavant dans le cadre de l'article contenant les dispositions générales en matière criminelle, à savoir l'article 7.

En revanche, la loi n'a pas retenu l'amnésie traumatique comme cause de suspension de la prescription. Une affaire très médiatisée avait soulevé la question lorsque la victime s'était souvenue du viol qu'elle avait subi dans l'enfance 42 ans après les faits, ce qui avait même conduit certains élus à proposer l'imprescriptibilité des infractions sexuelles, afin de permettre la répression de ces infractions à tout moment. La loi du 3 août 2018 n'a pas cédé aux pressions et à la tentation de l'émotion populaire et a maintenu une analyse cohérente de la possibilité de l'action publique. Sans que la question de la valeur symbolique de l'imprescriptibilité soit abordée, la difficulté matérielle d'établir la preuve de l'infraction après ce laps de temps si important rendait la réforme inutile d'un point de vue judiciaire. Si certains auteurs ont pu considérer que cette hypothèse pourrait relever de la suspension de la prescription, cette proposition risque de se heurter à la lettre de l'article 9 qui exige un « obstacle de fait insurmontable et assimilable à la force majeure ». La Chambre criminelle de la Cour de cassation exige que cet événement soit imprévisible et irrésistible.

Actualité pénale

B. LES INFRACTIONS SEXUELLES SUR MINEURS

Le deuxième chapitre contient les dispositions relatives à la répression des infractions sexuelles sur mineurs.

1. La contrainte morale et la surprise

Les agressions sexuelles sont définies par l'article 222-22 du Code pénal comme des atteintes sexuelles commises avec « violence, contrainte, menace ou surprise ». Les atteintes sexuelles sont réprimées uniquement lorsqu'elles sont exercées sur des mineurs, en distinguant selon le seuil de 15 ans, mais ne sont pas définies par le Code pénal. C'est donc l'élément de l'absence de consentement, en ce qu'il constitue une pression physique ou morale, qui permet de punir le comportement à l'égard de toute personne. Le mineur, doté d'une capacité à consentir imparfaite, car d'un discernement moindre, est protégé même lorsque l'acte n'est pas imposé par les moyens exigés par la liste limitative de l'article 222-22. Le viol est une catégorie d'agressions sexuelles et se distingue des autres par la pénétration sexuelle, tous les autres éléments constitutifs étant identiques. Cela conduit à exiger la preuve de la violence, la contrainte, la menace ou la surprise lorsque la qualification de viol ou agression sexuelle est retenue, que la victime soit majeure ou mineure. Il convient donc de faciliter la qualification pénale de l'absence de consentement afin de permettre la prise en compte du discernement imparfait de la victime mineure, dont le consentement est vicié par nature.

La loi du 3 août 2018 commence par modifier l'article 222-22-1 du Code pénal. Cet article a été introduit par la loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en

Actualité pénale

charge des victimes d'actes incestueux et qui précisait que la contrainte peut être, à la fois, physique ou morale. Cette dernière était définie comme pouvant « résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime ». L'introduction de cette notion était importante car elle permettait de contourner le refus de la jurisprudence de qualifier les agressions sexuelles sur mineurs lorsqu'il n'y avait pas de preuve de violence, contrainte, menace ou surprise. En effet, la Chambre criminelle et l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ont décidé que le viol ne pouvait être pénalement qualifié en l'absence de ces éléments, qui ne pouvaient être déduits par les juges de la minorité de la victime ou de l'autorité que l'auteur exerçait sur celle-ci. En vertu du principe d'interprétation stricte, le juge pénal est obligé de s'assurer de l'existence de l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction. De plus, le principe *ne bis in idem* interdit aux juges d'utiliser les mêmes faits, à la fois, comme éléments constitutifs de l'infraction et comme circonstance aggravante. Or, le législateur a expressément prévu des circonstances aggravantes reposant sur la minorité de la victime et l'autorité de droit ou de fait de l'auteur. Il est donc impossible de convertir ces notions en éléments constitutifs.

L'article 222-22-1 avait comme ambition d'autoriser les juges à tirer la preuve de l'absence de consentement de certains éléments factuels. La loi du 8 février 2010 était novatrice dans la technique de qualification, moins dans la définition des notions. L'affirmation selon laquelle la contrainte est physique ou morale est une évidence, puisque la contrainte est une cause subjective d'irresponsabilité, définie à l'article 122-2 du Code pénal, et reçoit ses deux manifestations. En revanche, permettre de fonder la contrainte morale sur la différence d'âge entre l'agresseur et sa

Actualité pénale

victime et sur l'autorité que ce premier exerce sur la dernière constitue une innovation. L'élément constitutif repose sur des éléments factuels qui tiennent compte du contexte de la situation sans exiger d'établir la preuve directe de l'absence de consentement. Sans que la loi de 2010 établisse une présomption légale d'absence de consentement, elle permet au juge de déclencher le mécanisme d'une présomption judiciaire. En se fondant sur des éléments connus, l'âge et l'autorité, le juge peut déduire un élément constitutif des agressions sexuelles qui est la contrainte. Si la loi du 8 février 2010 a connu des vicissitudes, puisque le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 16 septembre 2011, a déclaré la surqualification incestueuse comme inconstitutionnelle, car contraire au principe de légalité des délits et des peines pour manque de clarté et de prévisibilité, il a maintenu la définition de la contrainte morale (décision du 6 février 2015). La Cour de cassation a suivi l'analyse du Conseil constitutionnel et a considéré que l'article 222-22-1 était une simple directive d'interprétation, lui donnant un cadre doublement souple. D'une part, les circonstances mentionnées par le législateur ne constituent pas une liste limitative et ne sont pas cumulatives, le juge garde toute liberté pour les utiliser alternativement ou déduire la contrainte d'autres éléments factuels. D'autre part, le caractère interprétatif de la loi de 2010 lui permet de rétroagir, puisqu'elle fait corps avec les textes interprétés, textes du Code pénal.

La loi du 3 août 2018 a modifié la définition de cet élément, ce qui constitue la modification la plus importante et la plus polémique du texte. La définition de la contrainte morale issue de la loi de 2010 disparaît, en apparence, mais elle est en réalité précisée et étendue à la surprise.

La nouvelle rédaction de l'article 222-22-1 dispose « lorsque les

Actualité pénale

faits sont commis sur la personne d'un mineur, la contrainte morale mentionnée au premier alinéa du présent article ou la surprise mentionnée au premier alinéa de l'article 222-22 peuvent résulter de la différence d'âge existant entre la victime et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur la victime, cette autorité de fait pouvant être caractérisée par une différence d'âge significative entre la victime mineure et l'auteur majeur ». La loi de 2010 avait consacré la contrainte morale sous sa forme de pression intellectuelle insidieuse et irrésistible pour la victime. La Chambre criminelle l'avait bien entendu et elle la déduisait aussi bien de la conjonction des deux éléments de différence d'âge et d'autorité que d'un seul d'entre eux. Ainsi, le beau-père qui profite de la passion pour l'équitation qu'il partage avec sa belle-fille pour lui imposer des actes sexuels tire bénéfice de leur différence d'âge (Crim. 15 avril 2015), alors que le professeur de karaté qui profite de l'admiration, de la crainte et de l'affection qu'il inspire à de jeunes garçons pour leur imposer des relations sexuelles use de l'autorité de fait qu'il exerce sur eux.

La loi de 2018 va plus loin, puisqu'elle prend en compte la surprise qui exprime l'incapacité du mineur à comprendre l'acte sexuel. Le raisonnement proposé par la loi est logique. Si la victime ne peut comprendre la nature du comportement qui lui est imposé, elle ne peut y consentir valablement, ce qui conduit à considérer que l'acte lui est imposé.

La contrainte prive le consentement de ses qualités nécessaires pour qu'il puisse produire un effet, être éclairé et libre. La surprise fait naître un doute sur l'existence même du consentement. Les deux notions sont juridiquement assimilées, ce qui est naturel, mais elles ne sont pas équivalentes. Il peut être regretté que le droit se soit éloigné de la philosophie et de la littérature par un développement effréné de la technique juridique. Il aurait

Actualité pénale

été intéressant de se pencher sur la victime de l'acte qui était autrefois qualifié d'enfant et de ne pas oublier l'étymologie du mot, *infans*, qui désigne celui qui est sans parole. Si l'enfant est particulièrement protégé par le droit, c'est parce qu'il est sans parole et qu'il ne peut pas s'exprimer et le faire lui-même. C'est ce qui explique son absence et l'absence de prise en compte de son intérêt dans les débats publics contemporains.

La contrainte morale et la surprise peuvent reposer sur les éléments qui étaient déjà contenus dans la loi de 2010, mais la loi de 2018 ajoute une précision considérant que « l'autorité de fait [peut] être caractérisée par une différence d'âge significative entre la victime mineure et l'auteur majeur ». À proprement parler, cela signifie que l'autorité de fait peut être déduite de la différence d'âge entre l'auteur et la victime, ce qui constitue un doublon avec la première condition de la contrainte morale, à moins que l'adjectif épithète « significative » permette d'en tirer des conséquences juridiques. À partir de quel chiffre la différence commence-t-elle à être significative ? Le caractère significatif reçoit-il une appréciation objective et sur quels critères ? Doit-il être soumis à une appréciation subjective laissant une large part à la perception de la victime ? Beaucoup de questions sans réponses ... Mais c'est surtout l'utilité de cette modification qui peut être discutée. Elle aurait pu s'expliquer dans l'hypothèse selon laquelle les deux conditions de la loi de 2010 étaient cumulatives. Mais même dans ce cas, l'autorité de fait, deuxième condition, était déduite de la première condition, ce qui risquait de constituer une violation du principe *ne bis in idem*. Cette modification ne semble donc pas une amélioration de la qualification pénale, mais elle ne la paralyse pas non plus. Dans la mesure où le Conseil constitutionnel a considéré que ces définitions ont un caractère interprétatif et pas normatif, elles peuvent guider le

Actualité pénale

juge dans son interprétation, mais ne constituent pas un frein dans son application. Elle s'explique d'un point de vue symbolique, car elle permet de mettre l'accent sur le fait que l'absence de consentement résulte d'un rapport de force qui s'établit entre le majeur auteur et le mineur victime et qui repose sur un déséquilibre intrinsèque, idée renforcée par le nouvel alinéa 3 de l'article 222-22-1.

Introduit par la loi du 3 août 2018, l'alinéa 3 dispose « lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur de quinze ans, la contrainte morale ou la surprise sont caractérisées par l'abus de la vulnérabilité de la victime ne disposant pas du discernement nécessaire pour ces actes ». La loi introduit dans le cadre de la qualification des agressions sexuelles la différence entre les mineurs selon le seuil d'âge de 15 ans utilisé pour les atteintes sexuelles. Les mineurs de 15 ans sont considérés comme étant plus particulièrement vulnérables et ne disposant pas du discernement nécessaire leur permettant de consentir à l'acte sexuel. La qualification pénale de l'agression sexuelle ou du viol repose sur une présomption de contrainte morale ou de surprise fondée sur leur âge. Leur vulnérabilité intrinsèque est analysé légalement comme un « abus » et déclenche la qualification pénale, raison pour laquelle le législateur emploie deux verbes différents. Dans le cas d'un mineur de 15 ans, la contrainte morale ou la surprise « sont caractérisés par un abus de vulnérabilité », il faut l'entendre dans un sens impératif, alors que pour les mineurs de plus de 15 ans, la contrainte morale ou la surprise « peuvent résulter » des éléments contenus dans l'article, laissant une certaine latitude d'interprétation au juge. Dans ce dernier cas, le juge doit démontrer la contrainte morale ou la surprise qui, même si elles ont été facilitées, doivent reposer sur des éléments factuels concrets. Le raisonnement est classique en droit pénal.

Actualité pénale

La particulière vulnérabilité connaît des paliers, la loi de 2018 a le mérite de les introduire et d'en tenir compte dans le domaine des agressions sexuelles. La seule question qui reste encore en suspens est celle de l'utilisation d'une présomption de non-consentement, donc d'une présomption d'un élément constitutif d'infraction en droit pénal, ce qui soulève un risque d'inconstitutionnalité ou d'inconventionnalité. Néanmoins, le Conseil Constitutionnel, la Cour européenne des droits de l'Homme, ainsi que la Cour de cassation, reconnaissent l'utilisation des présomptions en droit pénal lorsqu'elles respectent deux conditions - leur caractère réfragable et leur proportionnalité avec l'enjeu de l'utilisation. À n'en pas douter, la Cour de cassation sera confrontée à la question et devra se prononcer ...

En revanche, la loi a été critiquée avant même son adoption pour sa position timorée en la matière puisqu'elle n'a pas introduit une présomption d'absence de consentement, comme le demandaient un grand nombre d'associations. Cette demande était fondée sur plusieurs affaires médiatisées dans lesquelles de très jeunes filles (11 et 12 ans) ont eu des rapports sexuels « consentis » avec des majeurs, sans que la qualification d'agression sexuelle soit retenue ou aboutisse à une condamnation. Le choix de la loi de 2018 a été différent, mais avant d'en tirer des conséquences négatives, il convient d'en attendre les applications. La rédaction de l'article 222-22-1, alinéa 3, est large et permet au juge d'utiliser une présomption de contrainte morale ou surprise fondée sur l'âge, car elle contient intrinsèquement un abus de vulnérabilité. Le mécanisme est plus subtil, mais il a la même force répressive. En revanche, la loi a renoncé à consacrer une nouvelle forme d'atteinte sexuelle

Actualité pénale

constituée par une pénétration sexuelle consentie sur mineur, délit entraînant une peine de 10 ans d'emprisonnement. Ce risque facilitait la qualification pénale, car il ne nécessitait plus la caractérisation des éléments de « violence, contrainte, menace ou surprise » mais risquait de conduire à une correctionnalisation des agressions sexuelles commises sur mineurs.

2. L'extension du viol

La loi du 3 août 2018 propose aussi une modification de la définition du viol. L'article 222-23 du Code pénal définissait le viol comme « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise », conduisant les juges à considérer que le viol était une pénétration dans le sexe ou par le sexe. La Chambre criminelle a été confrontée à une difficulté de qualification juridique des fellations. Si l'acte de fellation imposé à la victime était qualifié de viol car il s'agissait d'une pénétration par le sexe de l'auteur, en revanche, l'acte de fellation subi par la victime ne pouvait recevoir la qualification de viol, car ne remplissant pas les conditions légales. Pour remédier à cette lacune, le législateur a ajouté dans la définition légale la pénétration sexuelle « sur la personne de l'auteur », prenant en compte spécifiquement cette hypothèse qui échappait à l'article 222-23, malgré le désir du législateur de punir l'acte le plus largement possible, démontré par l'emploi précédent du terme « autrui ». Cette extension permettra d'élargir la qualification du viol à ces comportements qui étaient minorés et poursuivis sous la qualification d'agression sexuelle.

Actualité pénale

3. L'extension de l'inceste

La loi du 8 février 2010, déjà évoquée, a introduit dans le Code pénal une nouvelle section dans le cadre du chapitre consacré aux agressions sexuelles. Intitulée « De l'inceste commis sur les mineurs », elle introduit la surqualification incestueuse en droit pénal, reprise par la loi du 14 mars 2016. La loi du 3 août 2018 opère une modification substantielle, puisqu'elle supprime dans l'intitulé même l'expression « commis sur les mineurs ». L'inceste n'est plus réservé à la protection des mineurs et s'applique désormais aux personnes majeures entre elles. La loi opère les ajustements nécessaires dans le cadre de la définition légale - elle supprime les références au « mineur » et les remplace par « la victime ». La modification est importante autant sur le plan symbolique que sur le plan juridique.

Sur le plan juridique, la surqualification incestueuse est retenue lorsque les actes sont commis par les personnes désignées sur une liste limitative comprenant « un ascendant, un frère, une sœur, un oncle, une tante, un neveu ou une nièce, le conjoint, le concubin d'une de ces personnes ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité avec l'une d'entre elles, s'il a sur la victime une autorité de droit ou de fait ». La loi n'a pas complété la liste par les cousins et grands-oncles ou tantes, comme réclamé par certaines associations. La définition de l'auteur reste donc la même, seule la qualité de la victime est modifiée, puisqu'elle ne doit plus nécessairement être mineure. S'il est incontestable que la modification correspond à la prise en compte d'une situation de fait, il n'est pas certain qu'elle modifie substantiellement l'état du droit. Il est fort probable que l'inceste sur majeur soit en réalité la continuation d'une situation incestueuse commencée dans l'enfance, donc lors de la minorité de la victime. Dans cette

Actualité pénale

hypothèse, quel serait le bénéfice de cette extension aux mineurs, sinon le fait de permettre ou de faciliter les poursuites, ce qui est douteux en l'espèce ?

D'une part, la modification ne permet pas de faciliter la qualification pénale. En effet, puisque la qualification pénale doit être établie à l'égard d'un majeur, les notions de contrainte morale ou de surprise, dont la caractérisation a été facilitée par la loi, ne peuvent être utilisées. Il faudra donc apporter la preuve d'une violence, d'une contrainte, d'une menace ou d'une surprise, ce qui est généralement impossible. L'inceste est une infraction pour laquelle l'auteur tire profit d'un contexte affectif, d'une promiscuité affective qu'il instaure avec sa victime.

D'autre part, la modification ne semble pas non plus favorable du point de vue de la prescription. En effet, dans le cadre d'un viol incestueux sur majeur, la prescription criminelle de 20 ans commence à courir au moment des faits. Est-ce un avantage par rapport à l'analyse juridique de l'inceste imposé à cette même personne lorsqu'elle était mineure ? Rien ne permet de l'affirmer, même si la réponse dépend des espèces. En effet, dans le cas d'un inceste sur mineur, le point de départ de la prescription exceptionnelle de 30 ans applicable en la matière commence à courir lors de la majorité de la victime. Cela conduirait la possibilité d'engager les poursuites jusqu'à l'âge de 48 ans de la victime. Selon la personne de l'auteur, il est possible de penser que ce délai est suffisant pour permettre une répression utile, notamment lorsqu'il s'agit d'un ascendant ou d'un conjoint de son ascendant, etc. Puisque l'utilité juridique de la modification semble faible, il convient de souligner sa portée symbolique.

Sur le plan symbolique, l'extension de l'inceste au majeur est importante, car elle permet de prendre en compte la souffrance des victimes majeures et, surtout, de marquer cet interdit social

Actualité pénale

du sceau de l'infamie, ce qui reste le rôle essentiel du droit pénal.

4. L'augmentation de la répression des atteintes sexuelles

La loi du 3 août 2018 a modifié la rédaction de l'article définissant les atteintes sexuelles et leur répression. Dorénavant, l'article 227-25 est rédigé de la manière suivante : « Hors le cas de viol ou de toute autre agression sexuelle, le fait, par un majeur, d'exercer une atteinte sexuelle sur un mineur de quinze ans est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende ». Le législateur a augmenté la répression puisque les peines correctionnelles ont été relevées d'un degré. Elles sont passées de 5 ans à 7 ans d'emprisonnement et de 75 000 à 100 000 euros d'amende. Cette modification claire va dans le sens annoncé par le législateur, qui est celui de l'amélioration de la protection des mineurs. En revanche, la modification de la rédaction sur la définition des atteintes sexuelles est difficilement compréhensible.

Il convient de souligner le fait que la nouvelle rédaction, pas plus que l'ancienne, ne définit l'atteinte sexuelle, mais se contente de la punir à l'égard des mineurs. Sur ce fondement vient se greffer l'agression sexuelle en ajoutant l'absence de consentement traduite par « violence, contrainte, menace ou surprise ». Au lieu de disperser le doute et de définir le comportement souche, donc l'atteinte sexuelle, la loi de 2018 prévoit que les peines pour atteinte sexuelle sont applicables « hors le cas de viol ou de toute autre agression sexuelle ». Non seulement cet ajout est inutile mais il est dangereux. Il est inutile, car les agressions sexuelles sont définies par opposition aux atteintes sexuelles, donc aucune confusion n'est possible, l'une des deux qualifications excluant automatiquement l'autre. Il semble évident que si l'on qualifie le

Actualité pénale

meurtre, on n'ajoute pas les violences volontaires ayant conduit à la mort de la victime ! Mais plus encore, l'ajout est dangereux et prouve que souvent « mieux est l'ennemi du bien ». L'article 227-25 semble souffrir d'une faiblesse constitutionnelle au regard du principe de « légalité des délits et des peines », plus particulièrement de l'intelligibilité, de la prévisibilité et de la clarté de la loi pénale. Normalement, à la lecture du texte, le citoyen doit comprendre quel comportement lui est interdit et risque d'entraîner une peine en cas de commission. Il est difficile de déduire quel est le comportement d'atteinte sexuelle interdit ! Est-ce une atteinte au sens de l'action ou de son résultat ? Au sens du toucher ou une atteinte à la pudeur suffit-elle ? Nécessite-elle un dommage ou l'action se suffit à elle-même ? Si ces questions pouvaient être posées, la mission du juge pénal est de dissiper les doutes quant à l'application de la loi et son office d'interprétation pouvait mettre le texte à l'abri des critiques. En ajoutant cette expression malheureuse renvoyant aux agressions sexuelles, le législateur lui-même semble admettre que la confusion est possible, raison pour laquelle il procède à une exclusion expresse. L'Enfer est pavé de bonnes intentions ...

Il convient de souligner la sagesse du Sénat qui a supprimé la circonstance aggravante introduite par l'Assemblée nationale lorsque l'atteinte sexuelle avait été commise avec pénétration sexuelle sur un mineur de 15 ans, ce qui aggravait encore la confusion entre les deux catégories d'infraction.

En revanche, le législateur a semblé en tenir dans le cadre de la procédure. Ainsi, l'article 351 du Code de procédure pénale est modifié et prévoit que, lorsqu'il résulte des débats que le fait comporte une qualification légale autre que celle donnée par la décision de mise en accusation, le président pose une ou plusieurs questions subsidiaires. « Lorsque l'accusé majeur est mis

Actualité pénale

en accusation du chef de viol aggravé par la minorité de quinze ans de la victime, le président pose la question subsidiaire de la qualification d'atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans si l'existence de violences ou d'une contrainte, menace ou surprise a été contestée au cours des débats. » Afin d'assurer le respect du principe du contradictoire et les droits de la défense un nouvel article 351-1 est créé et impose au président de ne poser une ou plusieurs questions prévues aux articles 350 ou 351 que s'il en a préalablement informé les parties au cours des débats et au plus tard avant le réquisitoire, afin de permettre à l'accusé et à son avocat de faire valoir toutes les observations utiles à sa défense.

5. L'administration de substance visant à altérer le discernement en vue de commettre une infraction sexuelle

La loi du 3 août 2018 crée une nouvelle infraction d'agression sexuelle à l'article 222-30-1 du Code pénal. « Le fait d'administrer à une personne, à son insu, une substance de nature à altérer son discernement ou le contrôle de ses actes afin de commettre à son égard un viol ou une agression sexuelle est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende ». La peine est portée à 7 ans d'emprisonnement et 100 000 € d'amende lorsque les faits sont commis sur un mineur de quinze ans ou une personne particulièrement vulnérable. Le comportement est utilisé aussi comme circonstance aggravante des infractions de viol, d'agression sexuelle et atteinte sexuelle. Le législateur a voulu apporter ici une réponse directe au développement d'un mode opératoire souvent utilisé dans le cadre des infractions sexuelles,

Actualité pénale

qui consiste à administrer certaines substances, notamment le GHB, tristement connu sous le nom de drogue des violeurs, ayant des propriétés sédatives et amnésiantes pour faciliter la commission de l'infraction.

La nouvelle infraction intègre la catégorie des autres agressions sexuelles. La simple administration de la substance constitue l'infraction, sans qu'il y ait besoin d'un passage à l'acte sexuel. Si celui-ci intervient, le comportement ne constitue plus l'infraction autonome, mais devient la circonstance aggravante des autres infractions sexuelles constituées par les comportements respectifs. L'infraction constitue ainsi un mécanisme d'infraction-obstacle, elle est punie pour éviter que l'infraction sexuelle, plus grave, ne soit commise et permet à la répression d'intervenir en amont du comportement redouté. L'infraction est formelle, car elle n'a pas besoin de résultat, la seule administration de la substance la consomme. Son caractère formel est renforcé par la définition de la substance administrée qui doit être « de nature à altérer son discernement ou le contrôle de ses actes », mais le résultat susceptible d'être produit ne doit pas survenir. Parallèlement à l'empoisonnement, la substance est ici nocive, mais ne doit pas être nécessairement nuisible.

En revanche, elle doit être de nature à produire certains effets, strictement définis par le texte - « altérer son discernement ou le contrôle de ses actes ». L'article 122-1 du Code pénal définit la cause subjective d'irresponsabilité du trouble psychique ou neuro-psychique comme ayant aboli ou altéré « son discernement ou le contrôle de ses actes ». La Chambre criminelle exige que la personne soit douée de discernement et de volonté afin de lui imputer une infraction pénale et d'engager sa responsabilité pénale. Selon la jurisprudence, la personne doit « comprendre et vouloir l'acte ». En cas contraire, sa

Actualité pénale

responsabilité pénale disparaît ou est amoindrie. Les agressions sexuelles ne sont punies que parce qu'elles sont imposées à la personne qui n'y a pas consenti. Sa capacité à consentir repose sur sa capacité à comprendre et à vouloir l'acte. Lorsque l'auteur de l'acte altère son discernement ou sa volonté, la victime ne peut plus consentir valablement à l'acte sexuel. Le législateur décide ainsi de punir l'atteinte à la capacité à consentir par l'utilisation de substances soit, en amont, pour empêcher l'infraction, soit en aval, pour aggraver la répression. L'acte matériel d'administration s'accompagne d'un élément moral expressément défini par le législateur qui exige un dol spécial. L'auteur administre la substance « afin de commettre à son égard un viol ou une agression sexuelle ». Le mobile de commission de l'infraction sexuelle est intégré par le législateur à la définition de l'élément moral de l'infraction.

Si l'intention du législateur est louable, la technique juridique employée appelle quelques observations.

D'une part, le législateur vise l'altération du discernement qui est l'hypothèse envisagée par l'article 122-1, alinéa 2, mais utilise la définition de l'abolition de discernement contenue à l'alinéa 1^{er}. Il s'agit d'une différence de détail, mais la viabilité d'un texte y réside souvent. Si l'abolition frappe le discernement et le contrôle des actes, l'altération frappe le discernement et « entrave » le contrôle des actes. Les mots ont un sens et cela rend compte du fait que, même si la victime se rend compte de ce qui lui arrive, elle n'a pas la possibilité de réagir ; sa volonté est limitée, mais pas réduite à néant.

D'autre part, le mécanisme utilisé par le législateur peut être apprécié différemment dans le cadre de l'infraction d'administration de substance en vue de commettre une infraction et la circonstance aggravante. La création de

Actualité pénale

l'infraction-obstacle est une technique juridique qui s'inscrit dans la démarche actuelle de prévention des infractions les plus graves. Néanmoins, l'administration de la substance à une personne en vue de la violer ne peut-elle pas être considérée comme une tentative ? « Le commencement d'exécution » a déjà pu être pris en compte par le juge dans l'utilisation d'une mise en scène destinée à tromper la victime sur ses activités ou sur ses intentions. Lorsque l'interruption est involontaire, qu'il s'agisse d'une résistance de la victime, ou de l'intervention d'un élément extérieur, les conditions de l'article 122-5 sont remplies. La tentative de viol est punie, par principe, puisque le viol est un crime, et la tentative des agressions sexuelles est expressément prévue à l'article 222-31, conformément aux règles applicables en matière correctionnelle. Dans cette hypothèse, il aurait été plus intéressant de considérer que l'administration de la substance constitue la contrainte préalable à l'acte sexuel, donc un fait conduisant directement et immédiatement à la consommation de l'infraction, définition donnée par la jurisprudence du commencement d'exécution. Les peines encourues en matière de tentative sont les mêmes que pour les infractions consommées, donc quinze ans de réclusion criminelle pour le viol, au lieu des cinq ans prévus pour l'infraction d'administration de substance en vue de commettre une infraction sexuelle.

De plus, la circonstance aggravante portant sur l'administration de la substance en vue de commettre une infraction sexuelle interroge aussi. L'utilisation de la substance ne s'inscrit-elle pas dans le mode opératoire de la commission de l'infraction et à ce titre, ne constitue-t-elle pas un élément constitutif de l'infraction ? Son utilisation pourrait être considérée comme la « contrainte » utilisée sur la victime, auquel cas sa qualification comme circonstance aggravante risque de poser un problème. En

Actualité pénale

effet, tout comme dans le cadre des victimes mineures, ainsi qu'évoqué au début de cette chronique, le juge ne peut pas utiliser le même fait, à la fois, comme élément constitutif de l'infraction et comme circonstance aggravante, en vertu du principe « ne bis in idem ». Cela conduirait à conclure à une utilisation résiduelle de cette circonstance aggravante. Il faudrait donc prouver l'utilisation d'un autre moyen au titre de la « violence, contrainte, menace ou surprise » et ajouter l'utilisation de la substance comme circonstance aggravante. Mais, dans les faits, si le violeur utilise la substance pour anéantir la volonté de la victime, n'est-ce pas pour ne pas utiliser d'autres moyens ? La circonstance aggravante serait non seulement inutile, mais par complémentarité, elle pose la question de savoir si elle peut être considérée comme élément constitutif de l'infraction.

6. L'augmentation de la pénalisation de l'indifférence sociale à l'égard des mineurs

La loi du 3 août 2018 modifie l'article 434-3 du Code pénal en élargissant, à la fois, le champ d'application de l'incrimination et en améliorant sa répression. L'article 434-3 punissait le fait de ne pas informer les autorités judiciaires ou administratives alors que l'on avait connaissance de privations, de mauvais traitements, d'agressions ou atteintes sexuelles infligés « à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse ». La loi de 2018 élargit l'infraction au fait « de continuer à ne pas informer ces autorités tant que ces infractions n'ont pas cessé ». Cela constitue une extension du champ d'application de l'infraction, mais aussi de la répression, puisque le caractère continu de l'infraction

Actualité pénale

reporte le point de départ de l'infraction et facilite l'engagement des poursuites. Il est possible de remarquer que cette amélioration de la répression bénéficie aux mineurs, qui sont directement visés par le texte de loi et dans l'exposé des motifs, mais aussi aux autres personnes particulièrement vulnérables, en raison d'autres causes que la minorité. La loi ajoute un alinéa supplémentaire à l'article, précisant que la répression est portée à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende lorsque l'infraction concerne un mineur de quinze ans.

La loi de 2018 modifie aussi la répression des infractions d'entrave aux mesures d'assistance et omission de porter secours. L'article 223-6 contient deux incriminations différentes qui exaltent la valeur sociale de la solidarité. L'alinéa 1^{er} punit l'abstention volontaire d'empêcher une infraction en visant la personne « pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour [elle] ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne [et s'abstenant] volontairement de le faire [...] de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ». L'alinéa 2 réprime la célèbre infraction de non-assistance à personne en danger en visant la personne qui « s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours » et qui encourt les mêmes peines. La loi du 3 août 2018 procède à une élévation des peines lorsque la victime de ces comportements est un mineur de quinze ans. « Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsque le crime ou le délit contre l'intégrité corporelle de la personne mentionnée au premier alinéa est commis sur un mineur de quinze ans ou lorsque la personne en péril mentionnée

Actualité pénale

au deuxième alinéa est un mineur de quinze ans ».

7. La prise en compte de la vulnérabilité économique

La loi du 3 août 2017 introduit une nouvelle circonstance aggravante dans le cadre de la répression des agressions sexuelles définies au 4° de l'article 222-24. Le viol est puni de vingt ans de réclusion criminelle lorsqu'il est commis « sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de l'auteur ». Introduit après la circonstance de particulière vulnérabilité classique « due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse », reposant sur une cause intrinsèque à la personne, cette nouvelle aggravation prend en compte la situation sociale ou économique de la victime, reposant ainsi sur des facteurs extérieurs à sa personne même. L'extension se nourrit de la philosophie qui a inspiré la répression de la traite des êtres humains qui met l'accent sur ces circonstances.

Ce même esprit se trouve aussi dans l'aggravation de la répression des agressions sexuelles, mais sous une forme juridique différente. L'article 222-29 est rédigé désormais de la façon suivante : « Les agressions sexuelles autres que le viol sont punies de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende lorsqu'elles sont imposées à une personne dont la particulière vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse ou résultant de la précarité de sa situation économique

Actualité pénale

ou sociale est apparente ou connue de son auteur ». La précarité sociale ou économique est ici source de vulnérabilité, mais pas de dépendance, sans pouvoir dire si cette rédaction implique une application différente pour les juges.

II. LE HARCÈLEMENT SEXUEL ET MORAL

Malgré sa définition légale relativement récente, le harcèlement sexuel n'échappe pas à la réforme de 2018 et elle se fait en parallèle avec le harcèlement moral.

À la suite d'une déclaration d'inconstitutionnalité, l'article 222-33 a été totalement réécrit par la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel. Le délit était constitué par la répétition de propos ou comportements à connotation sexuelle qui, soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ou par le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers. La loi de 2018 a étendu le champ d'application du délit autant du point de vue matériel qu'intellectuel.

D'un point de vue matériel, la loi de 2018 a ajouté deux nouveaux comportements tenant compte de la pluralité d'auteurs à l'égard de la même victime. La loi de 2012 avait assimilé à la répétition de comportements un fait unique de gravité supérieure permettant de compenser l'absence de la répétition des actes. La loi de 2018 a choisi de traiter une hypothèse dans laquelle un acte unique émane d'une pluralité de personnes, indépendamment du fait de savoir s'ils agissent de façon

Actualité pénale

concertée ou non. D'une part, le harcèlement est aussi constitué « lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime par plusieurs personnes, de manière concertée ou à l'instigation de l'une d'elles, alors même que chacune de ces personnes n'a pas agi de façon répétée », permettant de punir un acte unique émanant d'un auteur, mais qui est analysé comme une répétition de par la multiplicité d'auteurs intervenant dans le processus. D'autre part, le délit est aussi constitué « lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime, successivement, par plusieurs personnes qui, même en l'absence de concertation, savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition ». Cette hypothèse relève d'un acharnement lâche, alors que la première traduit une intention de cibler une personne. La rédaction retenue par le législateur pose plusieurs questions. La loi ne prévoit pas une peine spécifique pour l'instigateur du harcèlement, la responsabilité de tous étant étalonnée par le niveau le plus élevé. La distinction entre les deux hypothèses n'est pas aisée puisque, dans le premier cas, les auteurs agissent de façon concertée, alors que dans le second, il n'y a pas concertation, mais ils savent qu'il y a répétition. Dans le premier cas, il faudrait prouver l'intention de nuire, alors que dans le second on se contenterait de la conscience. Mais l'intention, requise dans le cadre du harcèlement sexuel, repose sur ces deux éléments. L'intention du législateur, encore une fois, est louable, puisqu'il a entendu punir les comportements souvent commis par voie numérique, qui ciblent une personne. Si le premier comportement émane d'un groupe organisé qui connaît la personne, le second équivaut à un mouvement de foule, qui se traduit aujourd'hui par un « raid numérique ». C'est la raison pour laquelle la loi a ajouté une circonstance aggravante qui est celle de « l'utilisation d'un service de communication au public

Actualité pénale

en ligne ou par le biais d'un support numérique ou électronique » portant les peines à trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende.

Ces mêmes modifications, qu'il s'agisse de l'extension du champ d'application de l'infraction ou de la circonstance aggravante, sont apportées à l'article 222-33-2-2 relatif au harcèlement moral. L'impact de la circonstance aggravante de commission par voie électronique est encore plus important ici, au regard de la multiplication des affaires de harcèlement numérique visant des mineurs ou émanant du milieu scolaire.

La loi de 2018 a aussi modifié la philosophie du délit de harcèlement sexuel qui s'étend aux comportements sexistes. La loi a ajouté l'adjectif « sexiste » aux propos ou comportements punis, modifiant ainsi l'esprit de l'infraction. Si elle était conçue pour punir les tentatives d'obtention de faveurs sexuelles, elle a évolué, à la faveur de la loi de 2012, vers une atteinte à la dignité, et devient aujourd'hui une atteinte sexiste, donc une atteinte visant spécifiquement une catégorie en raison de son sexe.

Des dispositions diverses modifient plusieurs règles. Si elles visent essentiellement la protection des mineurs, elles n'y sont pas exclusives.

D'une part, la répression des violences commises sur mineurs est aggravée et les peines sont augmentées d'un degré sur l'échelle des peines (voir les articles 222-8, 222-10, 222-12) mais est créée aussi une nouvelle circonstance aggravante lorsqu'un « mineur assiste aux faits et que ceux-ci sont commis par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité ou, si la victime est mineure, par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur le mineur victime ». Dans la même

Actualité pénale

inspiration, la répression des infractions sexuelles est aussi aggravée lorsqu'un « mineur était présent au moment des faits et y a assisté » (articles 222-24, 222-28, 222-33).

D'autre part, l'aggravation de la répression des agressions sexuelles est déclenchée par la blessure et la lésion, comme précédemment, mais aussi par une « une incapacité totale de travail supérieure à huit jours ».

Enfin, la loi modifie la circonstance aggravante de conjugalité figurant à l'article 132-80, donc s'écarte totalement de la protection des mineurs, même si elle reste inspirée par la prise en compte de la vulnérabilité de la victime. L'article 132-80 aggrave la répression lorsque l'infraction est commise par le conjoint, le concubin ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité. L'alinéa 2 précise que la circonstance aggravante est également constituée lorsque les faits sont commis par l'ancien conjoint, l'ancien concubin ou l'ancien partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité, « dès lors que l'infraction est commise en raison des relations ayant existé entre l'auteur des faits et la victime ». Le fait que l'article mentionne expressément le déclenchement de la circonstance aggravante en raison des liens existant précédemment présuppose que, dans le cadre du premier alinéa, par un raisonnement *a contrario*, les liens sont en cours. Or, la matérialisation de la conjugalité se fait souvent par la preuve d'une communauté de vie. La loi de 2018 précise que la circonstance aggravante peut être constituée y compris lorsque l'auteur et sa victime « ne cohabitent pas ». Le champ d'application de la circonstance se trouve ainsi élargi et semble répondre à l'évolution de la société et des modes de vie contemporains.

Actualité pénale

III. L'OUTRAGE SEXISTE

Le livre VI du Code pénal contenait un titre unique introduit par la loi du 13 avril 2016 réprimant le recours à la prostitution. La loi du 3 août 2018 introduit un Titre II consacré à « l'outrage sexiste » défini aux articles 621-1-1 et suivants.

L'outrage sexiste est défini autant de manière positive que négative. Il est d'abord déterminé par exclusion et opposition, puisqu'il est retenu « hors les cas prévus aux articles 222-13, 222-32, 222-33 et 222-33-2-2 », donc hors des violences, de l'exhibition sexuelle, du harcèlement sexuel et du harcèlement moral. Il est ensuite défini comme le fait « d'imposer à une personne tout propos ou comportement à connotation sexuelle ou sexiste qui soit porte atteinte à sa dignité en raison de son caractère dégradant ou humiliant, soit crée à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ». La proximité avec la définition légale du harcèlement sexuel est troublante, notamment après que la loi a ajouté dans sa définition légale « sexiste » (article 222-33). Alors qu'est-ce que permet de distinguer ces deux infractions reposant sur des comportements identiques ? Le harcèlement est nécessairement constitué par une répétition de ces comportements, conformément à son étymologie, alors que l'outrage sexiste peut être un acte isolé. C'est ce qui explique la différence de répression entre les deux infractions. Si le harcèlement sexuel est un délit puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende, l'outrage sexiste est une contravention de quatrième classe, passible donc d'une peine maximale de 750 €, selon l'article 131-13 du Code pénal, et pouvant être soumise à la forfaitisation des amendes avec application de l'amende forfaitaire minorée. La répression peut être aggravée, l'outrage sexiste devient alors une contravention de

Actualité pénale

cinquième classe, donc passible d'une amende de 1500 €, dans certaines circonstances – l'auteur est une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ou plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ; l'infraction est commise sur un mineur de quinze ans ou sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur ou sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de son auteur ; l'infraction est commise en raison de l'orientation sexuelle, vraie ou supposée, de la victime ou dans un véhicule affecté au transport collectif de voyageurs ou dans un lieu destiné à l'accès à un moyen de transport collectif de voyageurs.

L'outrage sexiste a mobilisé le débat public autour de la loi, non pas tant en raison de son importance, qui est limitée, compte tenu de sa qualification contraventionnelle, mais de sa philosophie qui transcende sa caractérisation juridique. Il est possible de constater une inquiétude et une perplexité devant l'introduction de cette nouvelle infraction. Une perplexité quant au choix de la méthode et des intentions ayant animé le législateur. Une grande partie des universitaires et praticiens de tous bords ont exposé l'impossibilité de droit et de fait d'exploiter cette nouvelle qualification introduite dans l'éventail légal. Impossibilité légale, car l'unicité de l'acte rend difficile l'établissement de son caractère qui « porte atteinte à sa dignité en raison de son caractère dégradant ou humiliant, soit crée à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ». Il est inutile de rappeler les polémiques qui ont émaillé le débat sur le fait de

Actualité pénale

siffler une femme dans la rue, lui faire un compliment, etc. Mais le risque d'inconstitutionnalité n'est pas à écarter, tant la rédaction est large, imprécise et proche des autres incriminations. Impossibilité matérielle de prouver un tel comportement unique, à moins qu'il n'y ait une constatation officielle. Encore une fois, inutile de rappeler qu'il est impossible de poster un agent derrière chaque femme. Mais la perplexité se double d'inquiétude devant le but poursuivi avoué par le législateur – l'introduction de cette disposition aurait une valeur pédagogique. La loi pénale a une valeur répressive, préventive et expressive. Elle exprime la hiérarchie des valeurs sociales protégées par la loi, mais doit-elle aussi revêtir une fonction pédagogique ? Le droit pénal change progressivement de nature. D'une nature prohibitive, reposant sur la punition des actions interdites, il passe à une nature incitative, poussant l'individu à adopter une certaine attitude.

Si l'intitulé l'inclut dans l'outrage sexiste, la loi crée une nouvelle infraction relative aux atteintes à la vie privée. L'article 226-3-1 punit « le fait d'user de tout moyen afin d'apercevoir les parties intimes d'une personne que celle-ci, du fait de son habillement ou de sa présence dans un lieu clos, a caché à la vue des tiers, lorsqu'il est commis à l'insu ou sans le consentement de la personne » d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende. La définition du délit est large, puisqu'elle mentionne l'obtention par « tout moyen », même si la pratique illustre notamment l'utilisation des miroirs afin de voir sous les jupes ou l'aménagement des cabines d'essayage dans les magasins. Les juges avaient essayé de punir ces comportements sous la qualification des violences volontaires, atteintes ou agressions sexuelles ou atteinte à la vie privée, selon les circonstances. La diversité des

Actualité pénale

infractions retenues et la pluralité des valeurs sociales protégées démontrent la difficulté de qualification pénale. Les comportements ont évolué en la matière et on a remarqué que les images sont de plus en plus obtenues ou stockées grâce à un moyen d'enregistrement. Cependant, la loi de 2018 a choisi de consacrer ce moyen technique comme cause d'aggravation de la répression. Ainsi, les faits sont punis de deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende lorsque « des images ont été fixées, enregistrées ou transmises ». Cette incrimination permet d'écarter les doutes et les discussions sur la qualification pénale de ce type de comportement et est une clarification utile.

La loi du 3 août 2018 a déclenché une passion à la hauteur des enjeux juridiques abordés. Dans les solutions légales proposées, les bonnes intentions ont pris le dessus sur les bonnes solutions juridiques et la loi a complexifié et densifié la répression des infractions sexuelles sur mineurs.

Police administrative

Par M. Ludovic Guinamant

Responsabilité de l'État pour les fautes commises par les services de renseignement dans leur mission de prévention des actes de terrorisme : le Conseil d'État confirme le régime de la faute lourde

Conseil d'État, 5^{ème} et 6^{ème} chambres réunies, 18 juillet 2018, n° 411156

Le caporal-chef O... du 17^{ème} régiment de génie parachutiste a été assassiné le 15 mars 2012 à Montauban, alors qu'il était dans la rue en tenue militaire, devant le guichet automatique d'une banque.

Estimant que des fautes avaient été commises par les services de renseignement dans la surveillance de Mohamed Merah, son assassin, les parents de M. O..., ses frère et sœur, ainsi que la veuve de M.O..., agissant en son nom propre et en sa qualité de représentante légale de son fils mineur, les parents, la grand-mère et le frère de celle-ci ont adressé à l'État des demandes d'indemnisation préalable, qui ont été rejetées.

Le Fonds de garantie des actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI) a également saisi l'État d'une demande tendant au remboursement des sommes versées aux proches de la victime.

Par un jugement du 12 juillet 2016, le tribunal administratif de Nîmes a estimé que la responsabilité de l'État était engagée à

Police administrative

raison des carences commises par les services de renseignement dans l'exercice de leur mission de prévention des actions terroristes et de surveillance des individus radicaux, du fait de l'absence de toute mesure de surveillance de M. Merah à son retour du Pakistan en 2011. Le tribunal administratif de Nîmes considérait alors que la police de la prévention du terrorisme ne pouvait relever du régime juridique de la faute lourde.

Toutefois, saisie par le ministre de l'Intérieur, la Cour administrative d'appel de Marseille a, par un arrêt du 4 avril 2017, annulé le jugement et rejeté la demande des consorts O. et du FGTI au motif que les services de l'État n'avaient pas commis de faute lourde en lien avec le décès de M.O..., la juridiction préservant ainsi l'application du régime de la faute lourde pour les missions de police de prévention du terrorisme.

Le Conseil d'État, dans son arrêt du 18 juillet 2018, est venu confirmer la décision de la Cour administrative d'appel de Marseille en préservant le régime juridique de la faute lourde.

Le Conseil Constitutionnel se prononce sur la loi relative à la protection du secret des affaires : la transposition de dispositions claires d'une directive européenne empêche le contrôle de constitutionnalité

Décision n°2018-768 du 26 juillet 2018

Police administrative

Par sa décision n° 2018-768 DC du 26 juillet 2018, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la loi relative à la protection du secret des affaires, dont il avait été saisi par plus de soixante députés et par plus de soixante sénateurs. Cette loi a pour principal objet de modifier la législation nationale afin de transposer la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

Les députés et sénateurs requérants contestaient certaines des dispositions de son article 1^{er}, qui introduit de nouvelles dispositions dans le Code de commerce.

Afin de se prononcer sur leurs critiques, le Conseil constitutionnel a rappelé sa jurisprudence antérieure sur le contrôle des lois ayant pour objet de transposer en droit interne une directive de l'Union européenne. Il juge qu'il résulte de l'article 88-1 de la Constitution une exigence de transposer les directives européennes. S'il appartient au Conseil constitutionnel de veiller au respect de cette exigence constitutionnelle, il n'est pas compétent pour contrôler la conformité à la Constitution de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne.

Faisant application de cette jurisprudence, le Conseil constitutionnel écarte notamment les critiques adressées à l'article L. 151-1 du Code de commerce qui énonce les critères de définition des informations protégées par le secret des affaires.

Police administrative

En effet, cet article dispose que : « est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants : 1° Elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ; 2° Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ; 3° Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret ».

Il relève en particulier que cette disposition, reproduisant les critères énoncés par la directive du 8 juin 2016 pour définir ce qu'est une information protégée au titre du secret des affaires, n'est pas manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer. Dès lors que la définition du secret des affaires résultant des dispositions contestées se borne à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises de la directive du 8 juin 2016, il juge qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur le grief tiré de ce qu'elle méconnaîtrait la liberté d'expression et de communication, protégée tant par l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne que par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789.

Limitation de la vitesse sur certaines voies à 80 kilomètres par heure : le Conseil d'État rejette pour défaut d'urgence les actions contentieuses

Conseil d'État, juge des référés, 25 juillet 2018, n° 421816 et

Police administrative

422147

Le 15 juin 2018, le Premier ministre a adopté le décret n° 2018-487 relatif aux vitesses maximales autorisées des véhicules qui réduit, à compter du 1^{er} juillet 2018, la vitesse maximale autorisée de 90 à 80 km/h sur les voies à double sens sans séparateur central, à l'exception des sections de ces routes comportant au moins deux voies affectées à un même sens de circulation, pour lesquelles la vitesse maximale reste fixée à 90 km/h.

Utilisant la procédure d'urgence du référé-suspension, plusieurs requérants ont saisi le juge des référés du Conseil d'État de demandes tendant à la suspension provisoire de l'exécution du décret, jusqu'à ce que le Conseil d'État se prononce définitivement sur leurs requêtes, déposées parallèlement et tendant à l'annulation du décret.

Par deux ordonnances, le juge des référés du Conseil d'État refuse de suspendre l'exécution du décret du 15 juin 2018. Pour justifier de l'urgence à suspendre l'exécution du décret, les requérants se bornaient à faire valoir des considérations générales, notamment le fait que le décret pourrait être à l'origine, pour les automobilistes, de pertes de points ou d'un accroissement de leurs frais de carburant. Au regard de ces arguments, le juge des référés du Conseil d'État a estimé que la condition d'urgence n'était pas établie par les requérants.

Police administrative

Parlement européen : mise en œuvre de l'article 7 du traité de l'UE contre la Hongrie et demande d'une enquête au Conseil de l'Union européenne

L'article 7 du traité de l'Union européenne a été introduit dans le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997. Il précise : « *Sur proposition motivée d'un tiers des États membres, du Parlement européen ou de la Commission européenne, le Conseil, statuant à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres après approbation du Parlement européen, peut constater qu'il existe un risque clair de violation grave par un État membre des valeurs visées à l'article 2.* » L'article 2 énonce également que « *l'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes* ».

Le 12 septembre 2018, les députés européens ont décidé de demander au Conseil de déterminer, conformément à l'article 7 du Traité, si la Hongrie risque de violer les valeurs fondatrices de l'UE. Selon l'article 7, le Parlement peut initier le mécanisme de prévention en appelant le Conseil à déterminer s'il y a un risque de violation des valeurs européennes. Pour être adoptée, la proposition doit être soutenue par la majorité absolue des députés européens (donc 376), et deux tiers des députés européens participant au vote. De plus, le consentement du Parlement est exigé avant de demander aux chefs d'État d'examiner si une violation a eu lieu. Le 1^{er} mars 2018, les députés

Police administrative

avaient soutenu une proposition similaire de la Commission visant à activer le mécanisme de prévention dans le cas de la Pologne.

Dans sa résolution, le Parlement européen souligne que tout gouvernement hongrois a le devoir d'éliminer le risque de violation grave des valeurs de l'UE et indique les principales préoccupations du Parlement qui sont liées aux domaines suivants :

- le fonctionnement du système constitutionnel et électoral ;
- l'indépendance de la justice ;
- la corruption et les conflits d'intérêt ;
- la protection de la vie privée et des données ;
- la liberté d'expression ;
- la liberté académique ;
- la liberté de religion ;
- la liberté d'association ;
- le droit à un traitement équitable ;
- le droit des personnes issues des minorités, notamment les Roms et les Juifs ;
- les droits fondamentaux des migrants, des demandeurs

Police administrative

d'asile et des réfugiés ;

- les droits économiques et sociaux.

La procédure suivie ensuite est détaillée dans les alinéas suivants de l'article 7 du Traité de l'Union européenne. Ainsi, la proposition de décision du Conseil sera prochainement envoyée aux États membres. Ils pourront alors, à une majorité des quatre cinquièmes, établir l'existence d'un risque clair de violation grave des valeurs de l'UE en Hongrie. Le Conseil devra d'abord entendre le point de vue des autorités hongroises et le Parlement devra donner son consentement. Les États membres de l'UE pourront aussi choisir d'adresser des recommandations à la Hongrie pour prévenir le risque. À une étape ultérieure, le Conseil européen pourra établir, à l'unanimité et avec le consentement du Parlement, l'existence en Hongrie d'une violation grave et persistante de l'État de droit, de la démocratie et des droits fondamentaux. Cela pourrait aboutir à des sanctions, telles que la suspension du droit de vote au Conseil.

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

Par M. Xavier Latour

La loi 2018-697 du 3 août 2018 relative à l'harmonisation des caméras mobiles par les autorités de sécurité publique

Les caméras mobiles sont définitivement entrées dans les pratiques de toutes les forces de sécurité publique. L'expérimentation amorcée en 2013 trouve son aboutissement dans le texte voté par un Parlement très actif en fin de session.

Le contexte

Déjà, la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale avait pérennisé le recours aux caméras-piétons au profit des policiers nationaux et des gendarmes (article L. 241-1, Code de la sécurité intérieure - CSI). Elle avait été complétée par trois décrets, n° 2016-1860 à 1862, en date du 23 décembre 2016.

La loi répondait à un double besoin. La caméra ne se contente pas d'être un moyen de preuve, elle s'intègre aussi dans une logique de lutte contre les bavures et d'amélioration des relations entre les forces de l'ordre et la population.

D'une part, la caméra sécurise l'intervention des forces de l'ordre. Dans une société de transparence quasi absolue, l'image devient un moyen de contrôle des activités, voire de pression.

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

Pratiquement n'importe quel citoyen équipé d'un téléphone portable peut s'ériger, de bonne ou de mauvaise foi, en censeur des pratiques policières. La possibilité de capter des images sans restriction a bouleversé les conditions d'intervention. Le recours aux caméras individuelles constitue, par voie de conséquence, le moyen de rétablir les équilibres. Le policier ou le gendarme n'est plus démuni face à l'image enregistrée par autrui. La caméra qu'il porte lui offre la faculté d'étayer sa version des faits.

D'autre part et concomitamment, la caméra fait figure de tiers impartial dans la relation entre le représentant de l'ordre et l'utilisateur. Cette sorte de troisième œil participe d'une nouvelle approche des relations entre les individus. La caméra est supposée apaiser, car l'image ne ment pas. Elle relève d'une méthode de réduction des tensions potentielles dans des circonstances souvent anxiogènes.

Dans ce contexte, la loi de 2016 avait aussi autorisé, à titre expérimental, pour une durée de deux ans, le recours aux caméras au bénéfice des policiers municipaux, à la double condition d'une autorisation préfectorale et de l'existence d'une convention de coordination entre les forces nationales et les intervenants locaux.

L'expérimentation est également appliquée (jusqu'en 2020), aux agents de la Surveillance générale de la SNCF (SUGE) et à ceux du Groupe de protection et de sécurisation des réseaux (GPSR) de la RATP (loi n° 2016-339 du 22 mars 2016 relative à la sécurité dans les transports publics).

En recourant à la loi, en 2016 et en 2018, l'État répond à une

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

exigence juridique soulevée par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). En effet, la caméra impacte en tout état de cause les libertés des personnes, ce qui fait entrer leur utilisation dans le champ de l'article 34 de la Constitution. Ainsi, la loi sert de fondement au régime applicable aux caméras mobiles.

Elle en définit les finalités et les conditions d'emploi.

Les finalités sont triples :

- la prévention des incidents au cours des interventions ;
- le constat des infractions qui auraient été commises au cours d'une intervention et la poursuite de leurs auteurs ;
- la formation et la pédagogie des agents.

Les conditions d'emploi consistent :

- à prévenir la personne filmée (caméra visible, information générale du public, information, sauf circonstance particulière, lors du déclenchement) ;
- à encadrer les conditions de conservation (durée de 6 mois sauf procédure) et d'accès aux images (l'agent n'a pas directement accès à ses images).

Les apports de la loi de 2018

La loi n° 2018-697 (issue d'une proposition de M. Decool), comme déjà celle de 2016, prend acte de l'utilité des caméras mobiles, y compris pour les policiers municipaux.

Le bilan de l'expérimentation achevée le 3 juin 2018 n'a pas été publié dans sa totalité. En revanche, les parlementaires en ont eu

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

les principaux éléments. Ils confirment le bien-fondé de cette technologie.

La loi en tire donc les conséquences dans plusieurs domaines.

D'abord, elle élargit (article 1^{er}) le recours aux caméras mobiles au profit des sapeurs-pompiers professionnels et volontaires dans le cadre d'une expérimentation de deux ans. Le législateur entend, de la sorte, réagir à la multiplication des violences commises contre eux. L'uniforme, même porté par un secouriste, symbolise l'autorité et engendre la contestation de celle-ci. Plus de 2 000 agressions ont été commises en 2016.

La caméra est alors utilisée dans des conditions sensiblement comparables à celles applicables aux forces de l'ordre. Seule la prise en compte du secret médical implique une exigence supplémentaire. Les pompiers pourront ainsi déclencher leur caméra « *lorsque se produit ou est susceptible de se produire un incident de nature à mettre en péril leur intégrité physique, eu égard aux circonstances de l'intervention ou au comportement des personnes concernées* ».

L'expérimentation durera trois ans à compter de l'entrée en application du décret d'application pris après avis de la CNIL.

Tout cela démontre le souci du législateur de construire un régime justifié par des considérations d'intérêt général, ne portant pas une atteinte disproportionnée aux libertés, et offrant des garanties suffisantes.

Ensuite, dans un même ordre d'idées, le port de la caméra concerne désormais les personnels pénitentiaires (article 2) afin de prévenir les incidents et les évasions.

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

En revanche, le déclenchement n'est pas autorisé lors d'une fouille, mais seulement « *lorsque se produit ou est susceptible de se produire un incident, eu égard aux circonstances de l'intervention ou au comportement des personnes concernées* » (émeutes, prise d'otages, rébellion...). L'expérimentation durera trois ans.

Enfin, le législateur a pérennisé la caméra mobile au bénéfice des policiers municipaux en introduisant un article L. 241-2 dans le CSI.

Cette mesure était très attendue tant par les maires que par les policiers municipaux. Ceux-ci s'inquiétaient, à juste titre, du vide juridique créé par la fin de l'expérimentation, alors que des communes avaient investi dans des caméras et que leur utilité n'était pas contestée. Selon les travaux parlementaires, il apparaît que près de 400 communes ont recours aux caméras (plus de 2 000 acquises). Cela peut sembler assez peu au regard du nombre de communes dotées d'une police municipale (environ 4 000) et des 20 000 policiers municipaux. Pourtant, l'attente n'en demeurait pas moins forte. La caméra est à ce point dissuasive que seul son port ostensible suffirait, même son déclenchement ne s'imposerait pas.

Comme le met en évidence le rapport d'évaluation cité par le rapport sénatorial sur le projet de loi de 2018, « le constat d'une responsabilisation des personnes filmées et d'un plus grand respect envers les agents de police municipale » s'impose. La caméra rassure, par ailleurs, les agents isolés, surtout dans les polices municipales aux petits effectifs.

L'acquisition des caméras demeure éligible au financement par le Fonds interministériel pour la prévention de la délinquance

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

(FIPD), ce qui contentera les communes en raison du coût d'acquisition des matériels qui en ralentit le déploiement.

Alors que l'extension et la pérennisation des caméras mobiles ont été saluées par la représentation nationale, quelques questions se posent désormais.

La première concerne un phénomène de société.

L'image tend à supplanter la parole. Une autre relation de confiance se noue sur d'autres fondements. Le fait d'être investi de prérogatives de puissance publique ne suffit plus à valider le témoignage du représentant de l'ordre. Ce n'est plus parole contre parole, mais image contre image. Dans ce contexte, jusqu'où ira le besoin d'enregistrer ? La technologie deviendra-t-elle l'unique palliatif à la dégradation des relations sociales et à la dévalorisation croissante des représentants de l'ordre ? La formation des agents d'un côté et l'éducation au civisme de l'autre ne doivent pas être sacrifiées au profit de solutions déshumanisées. Plus largement, la caméra ira-t-elle jusqu'à entrer dans la sphère des relations privées au prétexte que l'image permettrait de prévenir ou de résoudre les conflits ?

La suivante s'inscrit dans le prolongement de la précédente. D'autres professionnels, de la sécurité ou non, sont exposés à des risques de violence. Les enseignants, les soignants et beaucoup d'autres ne sont pas épargnés.

Devront-ils eux aussi demander des caméras mobiles pour se rassurer et inciter leurs interlocuteurs au calme ? En matière de sécurité, le regard se tourne plus particulièrement vers les agents

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

privés de sécurité. Pour le moment, ils sont tenus à l'écart du dispositif. Pourtant, comme les agents publics, ils font l'objet de menaces et de violences. De plus, bien qu'ils ne disposent pas des mêmes prérogatives, ils interviennent régulièrement dans des situations tendues (inspection des bagages, flagrant délit, fouille de véhicules, palpations). Est-il, dès lors, cohérent de leur fermer encore la possibilité de porter une caméra mobile ?

Directeur de publication : Colonel Dominique SCHOENHER

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
Lieutenante Océane GERRIET

Equipe éditoriale : Odile NETZER