

LA VEILLE JURIDIQUE

Centre de Recherche de l'Ecole des Officiers de la Gendarmerie Nationale

N° 101

Janvier 2022

EDITO

En ce début d'année, toute l'équipe se joint à moi pour présenter des vœux très chaleureux à tous nos lecteurs, fidèles et nouveaux. Cette année commence sous le signe de la Covid-19 qui contrarie toutes nos ambitions de rencontres, notamment au travers des événements organisés par le CREOGN. Il y a lieu sans doute d'espérer un printemps plus clément. Le droit n'échappe pas au débat, comme le souligne la loi sur le passe vaccinal entrant en vigueur après la décision globalement favorable du Conseil constitutionnel du 21 janvier (Décision n° 2022-835 DC du 21 janvier 2022). Le sujet divise, même si l'intérêt de la vaccination ne fait aucun doute au regard des statistiques hospitalières. La période post-Covid sera sans doute riche en analyses

(Suite page 2)



CREOGN
CENTRE DE RECHERCHE
DE L'ECOLE DES OFFICIERS DE LA GENDARMERIE NATIONALE

Edito

relatives aux libertés publiques, à l'équilibre entre la liberté individuelle et la préservation collective de la santé. Sans doute le débat aurait été d'une toute autre teneur si le diktat du nombre de lits en réanimation n'avait orienté les décisions des pouvoirs publics.

L'actualité est aussi riche s'agissant des évolutions de l'Union européenne portées par la Présidence française du Conseil de l'Union européenne. Alors que les bruits de bottes se font entendre à l'est, que les cyberattaques se multiplient et tutoient la cyberconflictualité, que l'immigration pèse sur nos frontières et que la menace terroriste reste entière, l'union des États membres est plus que jamais nécessaire. Encore faut-il transcender les divergences entre des États qui n'ont pas la même conception de l'Europe, certains ayant adhéré pour mieux rejoindre l'OTAN et le « parapluie » américain afin d'échapper au Pacte de Varsovie. D'autres ont une conception intégrationniste, alors que la France est davantage tournée vers une Europe des nations qui préserve le domaine régalien, garant de la souveraineté nationale. Pour autant, l'union est nécessaire en matière de sécurité et de défense. Mais il faut pour cela un consensus politique. Il faut que l'Europe de la défense progresse, face à un réarmement du monde, que sa politique étrangère soit unitaire, faute de quoi la défense commune « continuité de la politique par d'autres moyens » ne serait qu'habillage sans capacité réelle. La sécurité est aussi un enjeu. Europol marque des points incontestables contre le crime organisé, la cybercriminalité, avec de nombreux succès. Mais il faut aussi que l'Europe adopte une position commune, notamment sur les données indispensables à la conduite des enquêtes. Après les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne et la récente mise en

Edito

demeure d'Europol par le Comité européen de protection des données (CEPD), les services enquêteurs sont de plus en plus fragilisés. L'équilibre sécurité/liberté est mis en avant pour justifier des décisions aux conséquences particulièrement graves. Le mot « victime » n'apparaît jamais dans ces décisions, or ce sont les victimes des prédateurs qu'il faut d'abord protéger. C'est à partir de leur défense qu'il convient de construire un corpus juridique. Ces victimes souvent silencieuses, de plus en plus nombreuses, pourraient un jour demander des comptes et mettre en cause la légitimité de l'État qui a été créé pour protéger les personnes et les biens. S'il ne peut plus le faire, il pourrait vaciller. L'exigence qui pèse sur les acteurs publics n'est pas aussi puissante lorsqu'il s'agit des plateformes dont le *business model* repose sur le traitement de nos données, dont nous sommes dépossédés, et qui nous profilent tous bien davantage que les techniques d'enquête, lesquelles ne concernent que les prédateurs. Le futur règlement *Digital Services Act* (DSA) marque une volonté de maîtrise de leur activité, mais il ne résout pas à lui seul le problème.

Comme vous le constatez, les sujets du moment et des mois à venir vont être déterminants. L'année 2022 est celle de tous les dangers, mais elle pourrait aussi être celle d'une prise de conscience collective. Puissent les prochaines échéances électorales soumettre les vraies questions à l'arbitrage de nos concitoyens !

Bonne et heureuse année à tous ! Bienvenue à Jérôme Millet, sous-préfet, chercheur associé au CREOGN, qui prend en charge la rubrique droit administratif. Merci à Élisabeth Rolin qui a contribué

Edito

avec beaucoup d'ardeur à cette partie essentielle de notre Veille juridique.

Par le général d'armée (2S) Marc WATIN-AUGOUARD, rédacteur en chef de La veille juridique



SOMMAIRE



CREOGN
CENTRE DE RECHERCHE
DE L'ÉCOLE DES OFFICIERS DE LA GENDARMERIE NATIONALE

Déontologie et sécurité	<u>6</u>
Droit de l'espace numérique	<u>16</u>
Actualité pénale	<u>31</u>
Police administrative	<u>50</u>
Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée.....	<u>66</u>



Charles RAVAUT

De l'usage des armes par les forces de l'ordre

À propos de l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 6 octobre 2021, n° 21-84295

Élément central de l'activité des forces de l'ordre, l'usage de la force armée a toujours occupé une place de choix dans les débats et la pensée politique et juridique.

C'est ainsi que Max Weber en faisait un pilier de la définition de l'État, lequel, selon lui, dispose du « monopole de la violence physique légitime »¹.

Pour autant, l'utilisation de la force armée ne doit pas être dénuée de toute limite, fût-elle la caractéristique d'un État, si celui-ci se veut être un État de droit. Ces limites se trouvent dans les textes garantissant les droits et libertés des individus, tels que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, mais également dans les textes encadrant l'usage des armes.

C'est dans ce cadre que la Cour de cassation a régulièrement, comme c'est le cas dans l'arrêt en objet, à se prononcer sur le respect des conditions de l'usage des armes par les forces de l'ordre.

¹. Max Weber, *Le savant et le Politique*, 1919.

Déontologie et sécurité

Faits et procédure

Dans le cadre d'un match de football le 13 février 2016, des troubles ont été occasionnés par certains supporters.

À ce titre, huit d'entre eux ont été interpellés et placés en garde à vue à l'issue de la rencontre avant d'être déférés au Parquet.

Le 14 février 2016, un autre supporter est également interpellé en présentant une plaie saignante au niveau de l'œil gauche qui, selon ses dires, serait la conséquence d'un tir de « flashball »², état de santé qui n'a pas permis son placement en garde à vue.

Le 17 février 2016, et alors que le supporter présentant une plaie allait postérieurement perdre l'usage de son œil, une information judiciaire est ouverte contre personne non dénommée en raison de blessures avec ITT supérieure à huit jours.

Dans le cadre de cette information, un agent de la police nationale a été mis en examen du chef de violence avec arme ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente et a été placé sous contrôle judiciaire.

Par ordonnance du 25 janvier 2021, l'agent de police a été mis en accusation devant la Cour d'assises de la Marne et a fait appel de cette ordonnance.

La Chambre criminelle de la Cour d'appel de Reims a rejeté son appel et le requérant s'est alors pourvu en cassation.

C'est dans ce contexte qu'est intervenu l'arrêt de la Cour de

². Autrement appelé lanceur de balles de défense.

Déontologie et sécurité

cassation en objet, lequel confirme la position de la Cour d'appel quand à l'usage des armes. L'analyse de cet arrêt permet donc de revenir sur le cadre légal de l'usage des armes par les forces de l'ordre ainsi que sur le caractère strictement proportionné et nécessaire de leur usage.

Les cas juridiquement encadrés de l'usage des armes

Historiquement, l'usage des armes par les forces de l'ordre a toujours, sauf circonstances exceptionnelles³ et certains cas particuliers comme le maintien de l'ordre⁴, fait l'objet d'une distinction entre les forces armées de la gendarmerie nationale et les forces civiles de la police nationale.

Ainsi, alors que la police nationale ne pouvait faire usage des armes que dans les cas de droit commun constitués par la légitime

3. La première circonstance exceptionnelle a été pendant la Seconde Guerre mondiale puisque la loi n° 392 et le décret n° 1968 du 22 juillet 1943 ont permis un alignement de toutes les forces de l'ordre dans l'usage des armes, avec un régime dérogatoire de la légitime défense et de l'état de nécessité, dans le but de combattre la résistance. À la Libération, cette mesure exceptionnelle sera supprimée uniquement pour la police. La seconde circonstance exceptionnelle a été pendant la guerre d'Algérie avec une ordonnance n° 58-1309 du 23 décembre 1958 relative à l'usage des armes et à l'établissement de barrages de circulation par le personnel de la police qui va permettre à la Police de retrouver des pouvoirs exceptionnels dérogatoires du droit commun. Ces pouvoirs seront supprimés par une ordonnance n° 62-797 du 13 juillet 1962.

4. En effet, les articles L. 211-9 et R. 211-14 à D. 211-20 du Code de la sécurité intérieure encadrent l'utilisation de la force armée dans le cadre des opérations de maintien de l'ordre.

Déontologie et sécurité

défense⁵ et l'état de nécessité⁶, la gendarmerie voyait ses possibilités étendues par son statut militaire.

En application de l'article L. 2338-3 du Code de la défense, dans sa version en vigueur jusqu'au 2 mars 2017, les officiers et sous-officiers de gendarmerie pouvaient, outre les cas de droit commun, faire usage des armes dans les cas suivants :

« 1° Lorsque des violences ou des voies de fait sont exercées contre eux ou lorsqu'ils sont menacés par des individus armés ;

2° Lorsqu'ils ne peuvent défendre autrement le terrain qu'ils occupent, les postes ou les personnes qui leur sont confiés ou, enfin, si la résistance est telle qu'elle ne puisse être vaincue que par la force des armes ;

3° Lorsque les personnes invitées à s'arrêter par des appels répétés de "Halte gendarmerie" faits à haute voix cherchent à échapper à leur garde ou à leurs investigations et ne peuvent être contraintes

5. Articles 122-5 et 122-6 du Code pénal : « N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte. N'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction ».

6. Article 122-7 du Code pénal : « N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ».

Déontologie et sécurité

de s'arrêter que par l'usage des armes ;

4° Lorsqu'ils ne peuvent immobiliser autrement les véhicules, embarcations ou autres moyens de transport dont les conducteurs n'obtempèrent pas à l'ordre d'arrêt ».

Il est à noter que, si les militaires de la gendarmerie nationale ont bénéficié de conditions spécifiques d'usage de leurs armes, la jurisprudence a toujours encadré le recours à cette force armée en la limitant à ce qui est « absolument nécessaire en l'état des circonstances de l'espèce »⁷.

Toutefois, face à la montée des menaces terroristes⁸ et la pression des syndicats de police⁹, le législateur, par le biais de la loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique, a fini par aligner les régimes de la police et de la gendarmerie nationale.

⁷. Arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 18 février 2003 n° 02-80095 : « Attendu que, (...), les juges d'appel retiennent que, confronté à un automobiliste refusant de s'arrêter, le prévenu était autorisé par l'article 174 du décret du 20 mai 1903 à faire usage de son arme de service. Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si cet usage était absolument nécessaire en l'état des circonstances de l'espèce, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'Homme a eu l'occasion de confirmer que cette lecture était de nature à préserver le droit à la vie garantie par l'article 2 de la Convention dans un arrêt du 17 avril 2014, *Guerdner et a. c/ France*, n° 68780/10.

⁸. Le sujet ayant cependant été soulevé auparavant puisqu'un rapport Guyomar en 2012 et un rapport Cazaux-Charles en 2016 relevaient déjà l'absence de lisibilité du régime d'usage des armes et l'absence de cadre commun et spécifique aux deux forces de l'ordre.

⁹. L'adoption d'un nouveau cadre d'usage des armes est notamment la conséquence des manifestations nocturnes des policiers en 2016.

Déontologie et sécurité

Désormais l'usage des armes est régi par l'article L. 435-1 du Code de la sécurité intérieure, lequel permet d'en faire usage dans les cas suivants :

« 1° Lorsque des atteintes à la vie ou à l'intégrité physique sont portées contre eux ou contre autrui ou lorsque des personnes armées menacent leur vie ou leur intégrité physique ou celles d'autrui ;

2° Lorsque, après deux sommations faites à haute voix, ils ne peuvent défendre autrement les lieux qu'ils occupent ou les personnes qui leur sont confiées ;

3° Lorsque, immédiatement après deux sommations adressées à haute voix, ils ne peuvent contraindre à s'arrêter, autrement que par l'usage des armes, des personnes qui cherchent à échapper à leur garde ou à leurs investigations et qui sont susceptibles de perpétrer, dans leur fuite, des atteintes à leur vie ou à leur intégrité physique ou à celles d'autrui ;

4° Lorsqu'ils ne peuvent immobiliser, autrement que par l'usage des armes, des véhicules, embarcations ou autres moyens de transport, dont les conducteurs n'obtempèrent pas à l'ordre d'arrêt et dont les occupants sont susceptibles de perpétrer, dans leur fuite, des atteintes à leur vie ou à leur intégrité physique ou à celles d'autrui ;

5° Dans le but exclusif d'empêcher la réitération, dans un temps rapproché, d'un ou de plusieurs meurtres ou tentatives de meurtre venant d'être commis, lorsqu'ils ont des raisons réelles et objectives d'estimer que cette réitération est probable au regard des informations dont ils disposent au moment où ils font usage de

Déontologie et sécurité

leurs armes. »

En déterminant ainsi les cas d'usage des armes, le Code de la sécurité intérieure reste dans les strictes limitations prévues notamment par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme dont l'article 21 consacre le droit à la vie et pour lequel ne sont prévues que quelques rares exceptions qui doivent être strictement proportionnées et d'absolue nécessité.

La stricte proportionnalité et l'absolue nécessité de l'usage des armes

Au delà des cas dans lesquels l'usage des armes est prévu, l'article L. 435-1 du Code de la sécurité intérieure conditionne leur utilisation à une stricte proportionnalité et une absolue nécessité¹¹, se trouvant ainsi en adéquation avec les dispositions de l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Par ailleurs, une condition tenant à l'identification de l'agent utilisant son arme est également posée, bien qu'elle connaisse une certaine nuance.

S'agissant de la condition de la stricte proportionnalité et de l'absolue nécessité, l'arrêt commenté considère, à juste titre, que l'emploi de la force armée n'était ni proportionné ni nécessaire dès lors que l'utilisation de l'arme s'est faite alors que l'individu était en fuite et ne présentait donc pas un danger immédiat ni pour l'agent

11. Article L. 435-1 du Code de la sécurité intérieure : « Les agents de la police nationale et les militaires de la gendarmerie nationale peuvent, outre les cas mentionnés à l'article L. 211-9, faire usage de leurs armes en cas d'absolue nécessité et de manière strictement proportionnée ».

Déontologie et sécurité

de police ni pour autrui¹².

Une telle lecture se trouve dans la droite ligne de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'Homme laquelle, dans un arrêt *Toubache c/ France* du 7 juin 2018¹³, a jugé que constituait un recours à la force non absolument nécessaire pour procéder à une arrestation régulière le fait pour un gendarme d'ouvrir le feu sur un véhicule en fuite alors que sa vie ou celle de ses collègues n'était plus menacée.

La jurisprudence de la Cour de cassation s'inscrit donc dans la même logique, les juges s'attachant à conférer la même portée aux dispositions du Code de la sécurité intérieure en considérant que même si « le texte ne le précise pas expressément, il résulte, d'une part, de la forme grammaticale adoptée, soit le présent de l'indicatif,

12. « Les éléments de procédure ne permettent pas d'affirmer, en outre, et contrairement à ce que soutient M. [S], que M. [U] aurait fait partie des supporters les plus virulents et les plus actifs, ni même qu'il aurait participé aux insultes et exactions dénoncées. Il n'est pas acquis que M. [S] soit en droit, dans ces conditions, de se prévaloir d'éléments de contexte pour considérer qu'il avait reçu des instructions autorisant expressément, ou même implicitement par leur caractère général, l'interpellation avec usage d'une arme de M. [U], dont il n'est pas contesté en revanche qu'il était en train de fuir au moment où il a reçu le coup qui a eu pour conséquence de le priver définitivement de l'usage de son œil gauche ; que M. [S], de bonne ou de mauvaise foi, s'est mépris sur la nature de l'ordre reçu. »

13. Arrêt de la CEDH *Toubache c/ France* du 7 juin 2018 n° 19510/15 : « Partant, tout en tenant compte du fait que les actions du conducteur étaient potentiellement dangereuses, la Cour ne considère pas que le niveau de la menace exigeait que le véhicule soit immédiatement arrêté par des coups de feu potentiellement mortels. Elle ne peut considérer, au moment du tir mortel, que le gendarme agissait avec la conviction honnête que sa propre vie et son intégrité physique, de même que la vie de ses collègues ou d'une autre personne, se trouvaient en péril ».

Déontologie et sécurité

d'autre part, des travaux parlementaires, que, pour être justifié, l'usage de l'arme doit être réalisé dans le même temps que sont portées des atteintes ou proférées des menaces à la vie ou à l'intégrité physique des agents ou d'autrui ».

C'est dans ces conditions que doit être apprécié le caractère proportionné et nécessaire de l'usage d'une arme, condition qui ne peut être remplie dans le cas d'une réponse armée dans un temps différé de la mise en danger.

Afin d'apprécier si l'usage est proportionné et absolument nécessaire, l'évaluation, avant l'utilisation de l'arme, au regard des conditions posées par la jurisprudence, doit conduire à apprécier s'il existe une atteinte ou une menace immédiate pour l'agent ou autrui (la seule exception concernant le cas dans lequel une personne est susceptible de réitérer un meurtre ou sa tentative), si l'utilisation de l'arme ne présente pas un danger pour des tiers et s'il n'existe aucune autre alternative.

Enfin, s'agissant de la condition tenant au fait que les forces de l'ordre doivent user de la force armée dans « l'exercice de leurs fonctions et revêtus de leur uniforme ou des insignes extérieurs et apparents de leur qualité », il est utile de préciser qu'elle s'applique même lorsqu'il est fait application de l'article R. 434-19 du Code de la sécurité intérieure qui commande au policier ou au gendarme « lorsque les circonstances le requièrent, (...), même lorsqu'il n'est pas en service, [d'intervenir] de sa propre initiative, avec les moyens dont il dispose, notamment pour porter assistance aux personnes en danger ».

À défaut, puisqu'un militaire de la gendarmerie ou un agent de la

Déontologie et sécurité

police nationale est considéré comme étant en service lorsqu'il intervient dans ce cadre¹⁴, il s'agit d'un manquement aux règles de de l'usage des armes, sauf à justifier que son utilisation relève des cas de droit commun de la légitime défense ou de l'état de nécessité.

14. Pour la police nationale, article 19 du décret n° 95-654 du 9 mai 1995 fixant les dispositions communes applicables aux fonctionnaires actifs des services de la police nationale : « Le fonctionnaire actif des services de la police nationale a le devoir d'intervenir de sa propre initiative pour porter aide à toute personne en danger, pour prévenir ou réprimer tout acte de nature à troubler la sécurité et l'ordre publics et protéger l'individu et la collectivité contre les atteintes aux personnes et aux biens. (...) Dans tous les cas où le fonctionnaire intervient en dehors des heures normales de service soit de sa propre initiative, soit en vertu d'une réquisition, il est considéré comme étant en service ». Pour la gendarmerie nationale, il s'agit de la combinaison des articles L. 4111-1 et L. 4121-5 du Code de la défense.

Droit de l'espace numérique

Général d'armée (2S) Marc Watin-Augouard

**Décision n° 2021-952 QPC du 3 décembre 2021 – M.
Omar Y.**

Les dispositions des articles 77-1-1 et 77-1-2 du Code de procédure pénale, relatives aux réquisitions de données informatiques, sont contraires à la Constitution. L'abrogation immédiate des dispositions contestées pouvant avoir des conséquences manifestement excessives, l'effet de cette décision est différé au 31 décembre 2022.

À la suite d'une saisine par le tribunal correctionnel de Douai, la Cour de cassation a, le 23 septembre 2021, saisi le Conseil constitutionnel par une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les articles 77-1-1 et 77-1-2 du Code de procédure pénale ainsi (mal) rédigée :

« En édictant les dispositions des articles 77-1-1 et 77-1-2 du code de procédure pénale - lesquelles autorisent, dans le cadre d'une enquête préliminaire, le procureur de la République qui n'est pas une autorité ou une entité indépendante, ou sur autorisation de celui-ci, l'officier ou l'agent de police judiciaire, par tout moyen, de requérir toute personne, de tout établissement ou organisme privé ou public ou de toute administration publique qui sont susceptibles de détenir des informations intéressant l'enquête, y compris celles issues d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, de lui remettre ces informations, par décision du seul procureur de la République et sans contrôle préalable par une

Droit de l'espace numérique

juridiction indépendante - le législateur a-t-il d'une part porté une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée, protégés aux articles de la CEDH, et aux articles 4, 5, 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, ainsi qu'aux droits de la défense et à un recours effectif et, d'autre part, méconnu sa propre compétence en affectant ces mêmes droits et liberté que la Constitution garantit ? ».

La question prioritaire de constitutionnalité porte sur les mots « y compris celles issues d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, » figurant à la première phrase du premier alinéa de l'article 77-1-1 du Code de procédure pénale et « aux réquisitions prévues par le premier alinéa de l'article 60-2 » figurant au premier alinéa de l'article 77-1-2 du même Code.

Les dispositions contestées autorisent le procureur de la République et les officiers et agents de police judiciaire à se faire communiquer des données de connexion¹ ou à y avoir accès. L'article 77-1-1 du

1. Données techniques relatives à l'identification des numéros d'abonnement ou de connexion à des services de communications électroniques, au recensement de l'ensemble des numéros d'abonnement ou de connexion d'une personne désignée, aux données relatives à la localisation des équipements terminaux utilisés ainsi qu'aux données techniques relatives aux communications d'un abonné portant sur la liste des numéros appelés et appelants, la durée et la date des communications. Ces données comprennent trois catégories : les données d'identité, qui permettent d'identifier l'utilisateur d'un moyen de communication électronique (par exemple les nom et prénom liés à un numéro de téléphone ou l'adresse IP par laquelle un utilisateur se connecte à Internet) ; les données relatives au trafic, parfois appelées « fadettes », qui tracent les dates, heures et destinataires des communications électroniques, ou la liste des sites Internet consultés ; les données de localisation, qui résultent du « bornage » d'un appareil par l'antenne relais à laquelle il s'est connecté.

Droit de l'espace numérique

Code de procédure pénale concerne l'enquête préliminaire. Il permet au procureur de la République ou, sur son autorisation, à un officier ou à un agent de police judiciaire, de requérir, par tout moyen, des informations détenues par toute personne publique ou privée, y compris celles issues d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, sans que puisse lui être opposée, sans motif légitime, l'obligation au secret professionnel. L'article 77-1-2, quant à lui, est une transposition pour l'enquête préliminaire des dispositions prévues par l'article 60-2 du Code de procédure pénale qui encadre la réquisition par voie télématique ou informatique.

Le Conseil constitutionnel rappelle le caractère sensible des données de connexion : elles comportent notamment les données relatives à l'identification des personnes, à leur localisation et à leurs contacts téléphoniques et numériques ainsi qu'aux services de communication au public en ligne qu'elles consultent. Compte tenu de leur nature, de leur diversité et des traitements dont elles peuvent faire l'objet, les données de connexion fournissent sur les personnes en cause ainsi que, le cas échéant, sur des tiers, des informations nombreuses et précises, particulièrement attentatoires à leur vie privée.

Article 77-1-1 du Code de procédure pénale

« Le procureur de la République ou, sur autorisation de celui-ci, l'officier ou l'agent de police judiciaire, peut, par tout moyen, requérir de toute personne, de tout établissement ou organisme privé ou public ou de toute administration publique qui sont

Droit de l'espace numérique

susceptibles de détenir des informations intéressant l'enquête, y compris celles issues d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, de lui remettre ces informations, notamment sous forme numérique, le cas échéant selon des normes fixées par voie réglementaire, sans que puisse lui être opposée, sans motif légitime, l'obligation au secret professionnel. Lorsque les réquisitions concernent des personnes mentionnées aux articles 56-1 à 56-5, la remise des informations ne peut intervenir qu'avec leur accord.

En cas d'absence de réponse de la personne aux réquisitions, les dispositions du second alinéa de l'article 60-1 sont applicables.

Le dernier alinéa de l'article 60-1 est également applicable.

Le procureur de la République peut, par la voie d'instructions générales prises en application de l'article 39-3, autoriser les officiers ou agents de police judiciaire, pour des catégories d'infractions qu'il détermine, à requérir de toute personne, de tout établissement ou organisme privé ou public ou de toute administration publique, de leur remettre des informations intéressant l'enquête qui sont issues d'un système de vidéoprotection. Le procureur est avisé sans délai de ces réquisitions. Ces instructions générales ont une durée qui ne peut excéder six mois. Elles peuvent être renouvelées ».

Article 77-1-2 du Code de procédure pénale

« Sur autorisation du procureur de la République, l'officier ou l'agent de police judiciaire peut procéder aux réquisitions prévues par le premier alinéa de l'article 60-2.

Sur autorisation du juge des libertés et de la détention saisi à cette

Droit de l'espace numérique

fin par le procureur de la République, l'officier ou l'agent de police peut procéder aux réquisitions prévues par le deuxième alinéa de l'article 60-2.

Les organismes ou personnes concernés mettent à disposition les informations requises par voie télématique ou informatique dans les meilleurs délais.

Le fait de refuser de répondre sans motif légitime à ces réquisitions est puni conformément aux dispositions du quatrième alinéa de l'article 60-2. »

Article 60-2 du Code de procédure pénale (réquisition informatique)

« (alinéa 1) Sur demande de l'officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de ce dernier, de l'agent de police judiciaire, intervenant par voie télématique ou informatique, les organismes publics ou les personnes morales de droit privé, à l'exception de ceux visés au d)² du 2 de l'article 9 du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 précité et au 2° de l'article 80³ de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, mettent à sa

2. d) le traitement est effectué, dans le cadre de leurs activités légitimes et moyennant les garanties appropriées, par une fondation, une association ou tout autre organisme à but non lucratif et poursuivant une finalité politique, philosophique, religieuse ou syndicale, à condition que ledit traitement se rapporte exclusivement aux membres ou aux anciens membres dudit organisme ou aux personnes entretenant avec celui-ci des contacts réguliers en liaison avec ses finalités et que les données à caractère personnel ne soient pas communiquées en dehors de cet organisme sans le consentement des personnes concernées.

3. 2° D'exercice à titre professionnel, de l'activité de journaliste, dans le respect des règles déontologiques de cette profession.

Droit de l'espace numérique

disposition les informations utiles à la manifestation de la vérité, à l'exception de celles protégées par un secret prévu par la loi, contenues dans le ou les systèmes informatiques ou de traitement de données qu'ils administrent.

[...] »

Pour censurer ces deux articles, le Conseil constitutionnel considère que l'enquête préliminaire peut porter sur tout type d'infraction et n'est pas justifiée par l'urgence ni limitée dans le temps. L'autorisation du procureur de la République n'est pas une garantie suffisante encadrant le recours aux réquisitions de données de connexion. Tout en rappelant que le procureur de la République, magistrat de l'ordre judiciaire, est chargé, par l'article 39-3 du Code de procédure pénale, de contrôler la légalité des moyens mis en œuvre par les enquêteurs et la proportionnalité des actes d'investigation au regard de la nature et de la gravité des faits, les Sages estiment ce dispositif insuffisant.

Le législateur n'a pas entouré la procédure prévue par les dispositions contestées de garanties propres à assurer une conciliation équilibrée entre le droit au respect de la vie privée et l'objectif à valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions. Le Conseil constitutionnel déclare en conséquence les dispositions contestées contraires à la Constitution. La censure des articles est cependant différée au 31 décembre 2022.

Il appartient donc au législateur de corriger d'urgence cette inconstitutionnalité, sauf à créer un vide juridique particulièrement préjudiciable aux investigations dans l'espace numérique qui, rappelons-le, détient, selon la Commission européenne, 85 % des

Droit de l'espace numérique

preuves.

L'indépendance du procureur de la République est contestée par la Cour européenne de droits de l'Homme⁴, comme par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)⁵, au motif que le Parquet est hiérarchisé, dépend du garde des Sceaux et est partie au procès en exerçant l'action publique.

D'une manière générale, malgré la « baïonnette intelligente » conçue par le Conseil d'Etat (décision du 21 avril 2021), l'accès par les enquêteurs aux données de connexion fait l'objet de contestations judiciaires répétées. La protection des libertés est une exigence démocratique, mais celle des victimes également. Or, combien d'entre elles ne verront jamais leur prédateur incriminé, si les pouvoirs des enquêteurs sont rognés ? La preuve judiciaire est de

4. Le procureur de la République ne peut se voir reconnaître le statut « d'autorité judiciaire » au sens de la Convention (CEDH, arrêt *Medvedyev/France*, 29 mars 2010). La même année, la Cour de cassation a indiqué dans ses attendus que c'est à tort que la chambre de l'instruction a retenu que le ministère public est une autorité judiciaire, alors qu'il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par la Convention européenne des droits de l'Homme (Cass.crim n° 7177 (10-83.674) du 15 décembre 2010).

5. CJUE, 2 mars 2021, C-746/18, sur les réquisitions de données de connexion : « il est essentiel que l'accès des autorités nationales compétentes aux données conservées soit subordonné à un contrôle préalable effectué soit par une juridiction soit par une entité administrative indépendante et que la décision de cette juridiction ou de cette entité intervienne à la suite d'une demande motivée de ces autorités présentées, notamment, dans le cadre de procédures de prévention, de détection ou de poursuites pénales. » (§51). « Tel n'est pas le cas d'un ministère public qui dirige la procédure d'enquête et exerce, le cas échéant, l'action publique. En effet, le ministère public a pour mission non pas de trancher en toute indépendance un litige, mais de le soumettre, le cas échéant, à la juridiction compétente, en tant que partie au procès exerçant l'action pénale. » (§55).

Droit de l'espace numérique

plus en plus numérique. C'est pourquoi, compte tenu de l'augmentation du nombre et de la qualité des investigations numériques, il y a lieu de spécialiser un magistrat, soit en prévoyant une extension des pouvoirs de contrôle du juge des libertés et de la détention, soit en créant un magistrat dédié au contrôle des investigations numériques intrusives.

VIGINUM

Décret n° 2021-1587 du 7 décembre 2021 portant autorisation d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dans le but d'identifier les ingérences numériques étrangères

Ce décret vient compléter le décret n° 2021-922 du 13 juillet 2021 portant création, auprès du Secrétaire général de la défense et de la sécurité nationale (SGDSN), d'un service à compétence nationale⁶ dénommé « service de vigilance et de protection contre les ingérences numériques étrangères ».

Les opérations de manipulation de l'information se multiplient et constituent pour les démocraties un risque de déstabilisation majeur. Le référendum sur le Brexit, le 23 juin 2016, l'élection, la même année, du Président des États-Unis et le « Macronleaks », en 2017, ont mis en évidence le pouvoir de nuisance de la manipulation de l'information, orchestrée depuis l'étranger et pouvant porter atteinte à la sincérité du scrutin.

⁶. Les services à compétence nationale ont été définis par le décret du 9 mai 1997. Ce sont des services dont les attributions ont une portée nationale, par opposition aux services déconcentrés de l'État qui ont une compétence territoriale.

Droit de l'espace numérique

La loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018, relative à la lutte contre la manipulation de l'information, est une première réponse. Annoncée par le Président Macron lors de ses vœux à la presse, le 3 janvier 2018, le texte ne s'applique que pendant les trois mois précédant le premier jour du mois d'élections générales et jusqu'à la date du tour de scrutin où celles-ci sont acquises. L'application de la loi est donc restreinte dans le temps et dans son champ.

La diffusion de fausses informations est, hélas !, une réalité quotidienne, en raison de la viralité des réseaux sociaux. Le 8 mars 2018, dans la revue *Science*, trois chercheurs du *Massachusetts Institute of Technology* (MIT) ont montré que les fausses informations se propagent plus rapidement sur les réseaux sociaux que les vraies. Selon eux, « il faut six fois plus de temps à une information vraie pour atteindre 1 500 personnes qu'à une information fausse, et une information fausse a 70 % de chance de plus d'être reprise qu'une information vraie ».

VIGINUM, service à compétence nationale

Le décret du 13 juillet 2021 modifie les attributions du SGDSN en lui confiant l'identification des opérations d'ingérence numérique étrangères de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation⁷, l'analyse de leurs effets ainsi que l'animation et la coordination à l'échelon interministériel de la protection de l'État

⁷. On notera que ces intérêts fondamentaux ne sont pas définis par référence à un texte législatif. La liste énoncée par l'article 410-1 du Code pénal diffère de celle figurant à l'article L. 811-3 du Code de la sécurité intérieure relatif aux services de renseignement.

Droit de l'espace numérique

face à de telles opérations. La nouvelle rédaction de l'article R*1132-3 du Code de la défense identifie les opérations qui impliquent, de manière directe ou indirecte, un État étranger ou une entité non étatique étrangère, et visent à la diffusion artificielle ou automatisée, massive et délibérée, par le biais d'un service de communication au public en ligne, d'allégations ou imputations de faits manifestement inexacts ou trompeuses de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation.

Pour l'exercice de ces attributions, le décret crée auprès du SGDSN un service à compétence nationale dénommé « service de vigilance et de protection contre les ingérences numériques étrangères ». Ce service a pour acronyme VIGINUM. Il doit détecter et caractériser les opérations mentionnées à l'article R*1132-3 du Code de la défense en analysant les contenus accessibles publiquement sur les plateformes en ligne des opérateurs mentionnés au I de l'article L. 111-7 du Code de la consommation⁸ (principalement les moteurs de recherche et les réseaux sociaux), notamment en liaison avec l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM), lorsque celles-ci sont de nature à altérer l'information des citoyens pendant les périodes électorales.

Un comité éthique et scientifique est chargé de suivre l'activité de ce service et peut adresser au chef du service toute recommandation sur les conditions d'exercice des missions du service.

8. Il s'agit des services de communication au public en ligne reposant sur le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers et sur la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service.

Droit de l'espace numérique

Un traitement automatisé de données pour identifier les ingérences étrangères

Le décret n° 2021-1587 du 7 décembre 2021 autorise VIGINUM à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel dans le but d'identifier les ingérences numériques étrangères. « Ce traitement a pour finalités la détection et la caractérisation des opérations impliquant, de manière directe ou indirecte, un État étranger ou une entité non étatique étrangère, et visant à la diffusion artificielle ou automatisée, massive et délibérée, par le biais d'un service de communication au public en ligne, d'allégations ou imputations de faits manifestement inexacts ou trompeuses de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation, notamment lorsque ces opérations sont de nature à altérer l'information des citoyens pendant les périodes électorales. » Le traitement répond au besoin de caractériser une stratégie « hostile » entendue comme :

- une activité inauthentique (constituée par exemple de comportements techniques anormaux) ;
- dévoilant une intention malveillante à l'encontre des intérêts fondamentaux de la Nation avec pour objectif central la déstabilisation ;
- rattachable à une origine étrangère supposée, étatique ou non étatique.

La finalité de détection et de caractérisation d'une opération d'ingérence numérique étrangère est déterminée, explicite et légitime, comme l'exige le 2° de l'article 4 de la loi du 6 janvier 1978,

Droit de l'espace numérique

relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

La collecte et l'exploitation des contenus ne concernent que ceux accessibles sur des plateformes, ce qui exclut les contenus dont l'accès est restreint (groupe fermé sur un réseau social ou service de messageries en ligne). Un seuil d'activité sur le territoire français est fixé : cinq millions de visiteurs uniques par mois, y compris lorsque l'accès à ces plateformes requiert une inscription à un compte.

De la veille à la caractérisation des contenus

L'action de VIGINUM commence par une phase de veille et de détection qui doit permettre de suivre les informations pertinentes sur des thématiques d'actualité afin d'identifier les acteurs ou les événements entrant dans ses attributions. Cette veille précède la collecte qui est réalisée sur la base de fiches de « traçabilité ». Celles-ci déterminent les éléments techniques (mots-clés, éléments sémantiques comme des mots-dièse, des éléments chiffrés, des rapprochements entre des profils ou groupes de profils d'intérêts, etc.). Une validation humaine permet d'orienter l'opération de collecte sur l'ensemble des plateformes identifiées comme pertinentes, par l'extraction des contenus nécessaires à la caractérisation d'allégations ou d'imputations de faits manifestement inexacts ou trompeuses. Des notes d'analyse ont pour objet de restituer les résultats des analyses menées par VIGINUM et de proposer des perspectives d'actions à mettre en œuvre dans le cadre des opérations de veille.

Pour la collecte des contenus, VIGINUM est autorisé à créer des comptes sur les plateformes ainsi que des comptes destinés à être utilisés par l'intermédiaire d'interfaces de programmation mises à

Droit de l'espace numérique

disposition par les opérateurs de ces plateformes. Les agents de ce service ne sont pas autorisés à utiliser ces comptes pour entrer en relation avec d'autres détenteurs de compte, ni à diffuser des contenus, ni à exercer une activité autre que celle prévue au premier alinéa du présent article. Des tables informatiques précisent les catégories de données nécessaires à la réalisation des finalités et devant être conservées :

« 1° Les données d'identification déclarées par les titulaires de comptes ouverts sur les plateformes en ligne mentionnées à l'article 1^{er}, lorsqu'ils diffusent ou relaient des contenus publiquement accessibles ou y réagissent, telles qu'elles apparaissent sur ces comptes ;

2° Les données permettant de caractériser l'activité et l'audience de ces comptes, notamment les indicateurs quantitatifs relatifs au nombre d'abonnés et au nombre de publications ;

3° Les contenus publiquement accessibles, diffusés ou relayés au moyen de ces comptes et les indicateurs d'audience associés ».

Le président du comité éthique et scientifique est immédiatement informé du déclenchement de la collecte et, le cas échéant, de son renouvellement.

La protection des données à caractère personnel

S'agissant des garanties apportées en matière de données à caractère personnel, aucune collecte automatisée de données à caractère personnel n'est mise en œuvre à l'occasion des travaux de veille. Dans la phase d'exploitation, il est interdit de sélectionner dans le traitement une catégorie particulière de personnes à partir

Droit de l'espace numérique

des seules données sensibles, celles qui révèlent la prétendue origine raciale ou l'origine ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale d'une personne physique ou de traiter des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique. Est exclu tout recours à un système de reconnaissance faciale ou d'identification vocale.

La transparence de l'activité de VIGINUM

L'activité de VIGINUM sera rendue publique par un rapport annuel établi par le comité éthique.

Ce rapport annuel comprendra notamment :

- 1° Une synthèse des collectes effectuées, des conditions de leur déclenchement et des moyens mis en œuvre à cet effet ;
- 2° La liste des plateformes en ligne sur lesquelles des données ont été collectées ;
- 3° Des éléments chiffrés relatifs à l'exercice des droits d'accès, de rectification et d'effacement ;
- 4° Une information quant aux mesures de sécurité mises en place afin d'assurer la confidentialité et l'intégrité des données collectées, s'agissant notamment des conditions de sous-traitance des opérations de collecte, d'exploitation et d'hébergement ;
- 5° Une évaluation générale de la mise en œuvre du traitement de données à caractère personnel créé par le décret n° 2021-1587 du 7 décembre 2021 portant autorisation d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dans le but d'identifier les

Droit de l'espace numérique

ingérences numériques étrangères.

Actualité pénale

Claudia GHICA-LEMARCHAND

**MAINTIEN DE LA COMPÉTENCE DES JURIDICTIONS
SPÉCIALISÉES EN MATIÈRE D'INFRACTIONS
TERRORISTES EN CAS DE REQUALIFICATION DES
FAITS**

Conseil constitutionnel, Décision n° 2021-958 QPC du 17 décembre 2021

Le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la constitutionnalité du maintien de la compétence exceptionnelle des juridictions en matière de terrorisme en cas de requalification des faits. En effet, l'article 706-19 du Code de procédure pénale dispose que « la juridiction saisie en application de la présente section reste compétente quelles que soient les incriminations retenues lors du règlement ou du jugement de l'affaire », sauf en cas de contravention, où l'affaire est renvoyée devant le tribunal de police. La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) critique le dispositif en vertu du principe d'égalité devant la loi et la justice, puisqu'il en résulte une différence de traitement selon la qualification initialement retenue qui est erronée, et de l'atteinte portée au droit à un procès équitable et aux droits de la défense, en raison de l'éloignement entre ces juridictions parisiennes et le domicile de la personne ou le lieu de commission de l'infraction. Le Conseil constitutionnel rappelle la source et la signification du principe d'égalité consacré par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, notamment le fait que « si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les

Actualité pénale

situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales ». Dès lors, la décision rappelle les raisons du maintien de la compétence des juridictions spécialisées en matière de terrorisme, que ce soit à la phase de l'instruction ou du jugement. D'une part, « les dispositions contestées ont pour objet d'éviter que l'abandon en cours de procédure de la qualification terroriste des faits conduise au dessaisissement de la juridiction initialement saisie et au renvoi de l'affaire vers une autre juridiction ». D'autre part, la règle consacrée par le Code de procédure pénale est une règle de compétence spéciale territoriale. La juridiction parisienne est « formée et composée dans les conditions de droit commun et fait application des mêmes règles de procédure et de fond que celles applicables devant les autres juridictions », assurant « aux justiciables des garanties égales ».

Le Conseil constitutionnel rejette la QPC qui ne méconnaît aucun droit ou liberté que la Constitution garantit. Il convient de rappeler que le dispositif dérogatoire prévu aux articles 706-16 et suivants du Code de procédure pénale régit la poursuite, l'instruction et le jugement des actes de terrorisme. Selon l'article 706-17, le procureur de la République antiterroriste, le pôle de l'instruction, le tribunal correctionnel et la Cour d'assises de Paris exercent une compétence concurrente à celle qui résulte des règles de compétence territoriale de droit commun. En cas d'abandon de la qualification terroriste au bénéfice d'une qualification de droit commun, la juridiction spéciale reste compétente, en vertu de l'article 706-19. La position du Conseil constitutionnel est justifiée, autant sur le plan des principes que de leur application. La

Actualité pénale

compétence spéciale des juridictions parisiennes vient apporter une garantie supplémentaire de spécialisation et de concentration d'un contentieux spécifique, mais n'enlève rien aux justiciables qui y sont soumis, puisqu'elles appliquent les mêmes règles de droit de fond et de forme. Le Conseil constitutionnel privilégie la solution qui permet à la juridiction saisie qui a déjà traité le dossier de continuer la procédure pour favoriser la qualité de la justice.

REFUS DE RESTITUTION D'OBJETS PLACÉS SOUS MAIN DE JUSTICE

Conseil constitutionnel, Décision n° 2021-951 QPC du 3 décembre 2021

L'article 41-1 du Code de procédure pénale prévoit la restitution des objets placés sous main de justice, sauf « lorsque celle-ci est de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens, lorsque le bien saisi est l'instrument ou le produit direct ou indirect de l'infraction ou lorsqu'une disposition particulière prévoit la destruction des objets placés sous main de justice ». La QPC soutient que la décision de non-restitution équivaudrait à une peine de confiscation puisqu'elle peut être prononcée à l'encontre d'une personne définitivement condamnée, « quand bien même la juridiction de jugement n'aurait pas jugé nécessaire de prononcer une telle peine ». Le dispositif constituerait une violation du principe de nécessité des délits et des peines, du droit de propriété, car il pourrait conduire « à priver toute personne d'un bien lui appartenant, indépendamment de sa participation aux faits et de sa bonne foi », et du principe d'égalité devant la loi, en raison des

Actualité pénale

différences de pouvoir d'appréciation entre le procureur de la République et la juridiction de jugement. Le Conseil constitutionnel rejette la QPC et sa décision effectue une analyse intéressante de la disposition eu égard aux principes visés.

En premier lieu, le refus de restitution des biens placés sous main de justice ne méconnaît pas le principe de légalité pénale. Le Conseil constitutionnel rappelle la source (article 8, Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen – DDHC) et le domaine d'application de ce dernier, en le limitant aux « peines et sanctions ayant le caractère d'une punition ». Ensuite, le dispositif a été interprété par la Cour de cassation comme permettant le refus « lorsque le bien saisi est l'instrument ou le produit de l'infraction ». Le recours à l'interprétation judiciaire peut étonner dans la mesure où les juges reprennent les mêmes termes que ceux que l'on trouve dans la définition constante fixée par la loi pénale, avant et après la réforme opérée par la loi du 23 mars 2020 de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice. La loi et son interprétation permettent de constater que l'objet du refus de restituer est « d'empêcher qu'il ne serve à la commission d'autres infractions ou qu'il ne soit la source d'un enrichissement illicite ». Ainsi, la mesure ne constitue « ni une peine ni une sanction ayant le caractère d'une punition ». S'il est possible d'approuver sans nuance la décision du Conseil constitutionnel quant à la nature de la mesure, sa conclusion est étonnante. En effet, la confiscation d'un bien et le refus de restitution qui peut en résulter constituent des mesures de sûreté, leur but est préventif et ils se tournent incontestablement vers l'avenir et la prévention du renouvellement de nouvelles infractions plutôt que vers l'infraction commise et sa punition. Cependant, il est possible de se demander si les mesures de sûreté se trouvent

Actualité pénale

soustraites à la légalité pénale, alors même qu'elles constituent des sanctions pénales.

En deuxième lieu, le refus de restituer les biens placés sous main de justice ne viole pas le droit de propriété. Si ce dernier est inviolable et sacré, il n'est pas absolu et peut connaître des limitations « par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi ». Ce motif peut être constitué autant par la justification du refus, le fait que le bien dont la restitution est refusée soit l'instrument ou le produit de l'infraction, que par le but poursuivi, visant « à prévenir le renouvellement d'infractions et à lutter contre toute forme d'enrichissement illicite », ce qui constitue l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public.

En troisième et dernier lieu, la décision de non-restitution peut faire l'objet d'un recours suspensif et la juridiction saisie doit l'apprécier « au regard des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur et de sa situation personnelle ». La personnalisation de la décision garantit une prise en compte individuelle de la situation conforme au principe d'égalité devant la loi pénale.

NE BIS IN IDEM – CUMUL DE POURSUITES – PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT

Conseil constitutionnel, Décision n° 2021-953 QPC du 3 décembre 2021

Le droit de l'environnement se teinte d'une dimension de plus en plus répressive et constitue un point de rencontre privilégié du droit pénal et du droit administratif, ce qui peut susciter des interrogations quant au cumul des dispositifs issus de ces deux

Actualité pénale

disciplines juridiques.

L'article L. 171-8 du Code de l'environnement prévoit qu'il possible à l'autorité administrative compétente de mettre en demeure la personne de satisfaire à ses obligations dans un délai déterminé, en cas d'inobservation des prescriptions applicables en matière d'installations, ouvrages, travaux, aménagements, opérations, objets, dispositifs et activités, indépendamment des poursuites pénales qui peuvent être exercées. Si à l'expiration du délai imparti, il n'a pas été déféré à la mise en demeure, plusieurs sanctions administratives peuvent être prononcées, dont le paiement d'une amende administrative au plus égale à 15 000 €. Parallèlement, l'article L 173-1 du même Code punit d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende le fait de ne pas se conformer à la mise en demeure prononcée par l'autorité administrative dans le cadre précédent.

La question prioritaire de constitutionnalité critique le cumul de sanctions pénale et administrative comme contraire au principe *ne bis in idem*, ce qui constitue une méconnaissance des principes de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines. Il convient de rappeler que si les textes européens, qu'il s'agisse de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ou de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne annexée au Traité de Lisbonne, garantissent le principe *ne bis in idem*, le Conseil constitutionnel ne fait pas référence directement à ce dernier, mais se fonde sur le principe de nécessité et proportionnalité de la peine.

En vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, le Conseil constitutionnel rappelle que les principes de légalité et nécessité pénale « ne concernent pas seulement les

Actualité pénale

peines prononcées par les juridictions pénales mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition ». Il déduit du principe de nécessité des délits et des peines « qu'une même personne ne peut faire l'objet de plusieurs poursuites tendant à réprimer de mêmes faits qualifiés de manière identique, par des sanctions de même nature, aux fins de protéger les mêmes intérêts sociaux ». Néanmoins, il ne faut pas exclure l'éventualité de deux procédures conduisant à un cumul de sanctions, hypothèse dans laquelle il convient d'appliquer le principe de proportionnalité impliquant « qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues ». Si les Cours européennes peuvent se reposer directement sur le principe *ne bis in idem*, le Conseil constitutionnel utilise un raisonnement « à cliquet ». Se fondant sur la nécessité de la peine, justification de son existence, il convient de la compléter par sa proportionnalité, vérification de son adéquation.

L'application du raisonnement à l'espèce conduit le Conseil constitutionnel à écarter les critiques. Les sanctions prévues par les deux articles ne peuvent être regardées comme des sanctions de même nature. L'amende de 15 000 euros est de nature dissuasive et préventive, alors que l'éventail large de sanctions allant de l'emprisonnement aux amendes assure un caractère répressif à la réponse apportée au même comportement. « Dès lors, les faits prévus et réprimés par les dispositions contestées doivent être regardés comme susceptibles de faire l'objet de sanctions de nature différente », ce qui écarte le grief tiré de la méconnaissance des principes de nécessité et de proportionnalité des peines.

Actualité pénale

**LE PRINCIPE *NE BIS IN IDEM* – DEUX ARRÊTS DE LA
COUR DE CASSATION**

*Cour de cassation, Crim. 15 décembre 2021, n° 21-81.824, publ.
Bull. à venir*

Le principe *ne bis in idem* a considérablement inspiré la jurisprudence française et européenne ces dernières années. Ses multiples déclinaisons dans les matières les plus diverses, aux confins des matières répressives techniques, le teignent d'imprécision et de complexité. *Ne bis in idem* est considéré tantôt comme une règle, tantôt comme un principe, considéré en lui-même par les juridictions européennes et nationales judiciaires ou sous l'angle des principes de nécessité et proportionnalité des peines dans l'analyse constitutionnelle. La Cour de cassation a rendu un arrêt majeur en la matière le 15 décembre 2021 et l'a complété d'une précision de forme utile dans un autre arrêt rendu le même jour.

L'arrêt du 15 décembre 2021, n° 21-81.824, se prononce sur un cumul fréquent en droit pénal entre l'escroquerie, d'une part, et le faux et l'usage de faux, d'autre part. Une personne présente des fausses attestations notariées certifiant qu'elle détenait des sommes importantes lui permettant d'acquérir les parts sociales d'une société. Elle est poursuivie, à la fois, pour faux et usage de faux – pour la falsification des pièces et leur utilisation – et escroquerie – l'usage de manœuvres frauduleuses de diverses pièces falsifiées qui ont trompé les vendeurs et les ont déterminés à vendre leur parts sociales. Le tribunal correctionnel a condamné le

Actualité pénale

prévenu pour l'ensemble des infractions, ce qui a été confirmé par la Cour d'appel. Le pourvoi en cassation critique la décision en raison d'une prétendue violation du principe *ne bis in idem*, puisque « les faits qui procèdent de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable ne peuvent donner lieu, contre le même prévenu, à deux déclarations de culpabilité de nature pénale, fussent-elles concomitantes ». Or, le faux et l'usage de faux constituent les manœuvres frauduleuses de l'infraction d'escroquerie et se trouvent absorbés par cette dernière qualification. La Cour de cassation rejette le pourvoi mais donne une véritable leçon de droit à destination des protagonistes de l'affaire et, plus largement, à destination de l'ensemble du monde juridique.

Le raisonnement suivi par la Cour de cassation pourrait servir de modèle de syllogisme juridique.

La majeure commence par définir le principe *ne bis in idem* garantissant « qu'une personne ne puisse être poursuivie ou punie pénalement en raison d'une infraction pour laquelle elle a déjà été acquittée ou condamnée par un jugement définitif ». Si la définition est claire et souligne la double dimension substantielle et formelle du principe, sa justification est plus obscure puisqu'elle repose sur la « sécurité juridique », notion cadre assez vague. Les sources du principes sont puisées en droit conventionnel, autant dans les protocoles additionnels de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme que dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qu'en droit interne, dans le Code de procédure pénale, lui donnant une coloration éminemment procédurale. Si la Cour de cassation a consacré le principe *ne bis in idem* dès 1953, la jurisprudence en la matière a été fluctuante et peu claire. L'arrêt de

Actualité pénale

principe du 26 octobre 2016, Bull. n° 276, a posé un cadre général de règlement des conflits de qualifications en décidant que « les faits qui procèdent de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable ne peuvent donner lieu, contre le même prévenu, à deux déclarations de culpabilité de nature pénale, fussent-elles concomitantes » en s'inspirant, selon la propre déclaration de la Cour, de l'arrêt de référence *Zolotoukhine c/ Russie*, Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), 10 février 2009. Cependant, cette solution ne permet pas toujours à certaines parties civiles d'obtenir réparation ou de réprimer l'infraction « de la façon la plus adaptée » puisque le juge ne peut pas prononcer les peines qui ne sont pas encourues pour les qualifications qui ne sont pas retenues, ou encore « d'occulter un intérêt auquel l'action délictueuse a porté atteinte » par l'abandon d'une des qualifications éventuelles. C'est la raison pour laquelle la Chambre criminelle a infléchi sa jurisprudence et autorisé le cumul de qualifications « dans des hypothèses où seul le cumul des chefs de poursuite permet d'appréhender l'action délictueuse dans toutes ses dimensions », dans le sillage de la Cour européenne des droits de l'Homme qui admet « que des faits identiques puissent faire l'objet de poursuites successives dès lors que celles-ci, prévisibles, unies par un lien matériel et temporel suffisamment étroit, s'inscrivent dans une approche intégrée et cohérente du méfait en question et permettent de réprimer les différents aspects de l'acte répréhensible, à condition qu'elles ne génèrent pas d'inconvénient supplémentaire pour la personne poursuivie, ne conduisent pas à lui faire supporter une charge excessive, et se limitent à ce qui est strictement nécessaire au regard de la gravité de l'infraction ». Si les juges visent des arrêts récents de la CEDH rendus en 2020, il

Actualité pénale

convient de rappeler que ce raisonnement est plus ancien et a été appliqué dès 2016, par une jurisprudence convergente avec celle rendue par la Cour de Justice de l'Union européenne.

La Cour de cassation décide de poser de nouvelles règles et un infléchissement du principe *ne bis in idem* pour assurer « le prononcé de peines nécessaires, proportionnées et adaptées dans l'hypothèse où plusieurs qualifications sont susceptibles de recevoir application à l'occasion d'une même poursuite », pour trois raisons essentielles.

D'une part, le principe de légalité pénale est indirectement mobilisé car le législateur, en prévoyant plusieurs qualifications susceptibles de s'appliquer à un même fait, « entend réprimer différents aspects de l'action délictuelle, de telle sorte que, sauf exception, leur cumul au cours d'une même procédure permet d'appréhender cette action dans toutes ses dimensions ». Si la légalité pénale se vérifie dans un premier temps par l'existence du texte, elle doit aussi garantir sa qualité. La Cour de cassation considère que « ce cumul est prévisible dès lors que les éléments constitutifs de chaque infraction sont définis par la loi ». De la sorte, le concours idéal de qualifications constitué par une opération juridique de qualifications d'un seul et même fait donne lieu à une pluralité d'infractions, puisque chaque qualification repose sur des éléments constitutifs différents, même s'ils se recoupent, transformant la situation juridique en cumul réel d'infractions.

D'autre part, l'article 132-3 du Code pénal pose les règles en matière de concours réel d'infractions. Si les peines de nature différente peuvent se cumuler, lorsque des peines de même nature sont encourues, il ne peut être prononcé qu'une seule d'entre elles

Actualité pénale

dans la limite du maximum légal le plus élevé, sauf en matière d'amende contraventionnelle.

Enfin, les peines principales et complémentaires doivent être également motivées « au regard de la gravité des faits, de la personnalité et de la situation matérielle, familiale et sociale de leur auteur en tenant compte des éléments concrets de l'espèce ». L'article 485-1 consacre la jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point.

La Chambre criminelle considère que l'interdiction de cumul de qualifications ne concerne plus que trois situations dans lesquelles un ou des faits identiques sont en cause. Si la première est évidente, car elle vise la situation des qualifications pénales incompatibles « dans laquelle la caractérisation des éléments constitutifs de l'une des infractions exclut nécessairement la caractérisation des éléments constitutifs de l'autre », elle définit deux autres hypothèses. La première est celle dans laquelle « l'une des qualifications, telles qu'elles résultent des textes d'incrimination, correspond à un élément constitutif ou une circonstance aggravante de l'autre, qui seule doit alors être retenue ». La seconde repose sur le cas dans lequel une des deux qualifications « dite spéciale, incrimine une modalité particulière de l'action répréhensible sanctionnée par l'autre infraction, dite générale ».

L'application de ces nouvelles règles à l'espèce permet de confronter les nouvelles solutions aux anciennes et d'en constater une large compatibilité. La Cour de cassation commence par rappeler l'argument retenu par les juges du fond qui avaient retenu que les délits de faux, usage de faux et escroquerie sanctionnent « la

Actualité pénale

violation d'intérêts distincts et comportent des éléments constitutifs différents », plus précisément les éléments intentionnels, car il pouvait y avoir une superposition des actes matériels. Ensuite, elle applique sa nouvelle jurisprudence et exclut successivement les situations qui font obstacle au cumul de qualifications. En premier lieu, « la caractérisation des éléments constitutifs de l'une des infractions n'exclut pas la caractérisation des éléments constitutifs de l'autre », de sorte que l'escroquerie peut se cumuler avec le faux et l'usage de faux. En second lieu, « il résulte des articles 313-1 et 441-1 du code pénal qu'aucune de ces infractions n'est un élément constitutif ou une circonstance aggravante de l'une des autres ». Et les juges constatent que « l'article 313-1, qui incrimine l'escroquerie, vise les manœuvres frauduleuses et non spécifiquement le faux ou l'usage de faux comme élément constitutif de ce délit ».

Si le raisonnement de la Cour de cassation semble convaincant et s'inscrit dans une volonté de rationalisation et de clarification de la jurisprudence dans une matière qui est fuyante et mouvante, il appelle tout de même quelques remarques.

En premier lieu, en ce qui concerne les règles formulées par la Cour de cassation, elles doivent se classer en deux catégories. D'une part, la première hypothèse est celle dans laquelle l'incompatibilité des qualifications résulte de la logique qui rend deux infractions irréconciliables juridiquement, l'une excluant automatique l'autre. D'autre part, les deux autres hypothèses sont caractérisées par une incompatibilité juridique qui se dédouble. Soit, la règle *specialia generalibus* derogant écarte la règle générale au bénéfice de la règle spéciale, conformément au principe appliqué par toutes les disciplines juridiques. Soit, le fait entrant dans la composition

Actualité pénale

(élément constitutif) ou dans la répression (circonstance aggravante) de l'infraction ne peut en être détaché pour constituer une infraction supplémentaire. Dans sa mineure, la Chambre criminelle applique l'incompatibilité essentielle, en premier lieu, pour ensuite se pencher uniquement sur l'incompatibilité juridique des éléments de l'infraction. Cela signifie que les deux hypothèses de l'incompatibilité juridique sont alternatives et ne doivent pas être examinées toutes les deux.

Ensuite, l'application de l'incompatibilité juridique à l'espèce est intéressante, mais peu convaincante. L'affirmation selon laquelle « l'article 313-1, qui incrimine l'escroquerie, vise les manœuvres frauduleuses et non spécifiquement le faux ou l'usage de faux comme élément constitutif de ce délit » est incontestable dans le cadre de la lecture de l'article, mais suscite des interrogations dans le cadre de son application. En effet, la jurisprudence sur les manœuvres frauduleuses, moyen de tromperie complexe, a consacré la production de faux documents comme élément extérieur donnant force et crédit au mensonge initial et a même donné lieu à quelques évolutions permettant de simplifier la définition des manœuvres frauduleuses en cas de stratagème reposant sur des faux. De telle sorte que l'affirmation de la Cour de cassation, tout en étant techniquement correcte, ressemble à un sophisme et s'extrait à l'effort de clarté fait par les juges dans cet arrêt.

Enfin, l'arrêt est une évolution importante, mais ne constitue pas un revirement. En tout cas, la solution de rejet du pourvoi évite à la Cour de cassation de se pencher sur l'application dans le temps d'un revirement de jurisprudence défavorable à la personne poursuivie.

Actualité pénale

Pourtant, il serait possible de rappeler l'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 16 janvier 2019 dans lequel le cumul de l'escroquerie avec l'usage de faux avait été considéré comme impossible, alors que celui avec le faux avait été autorisé. Dans ce cas, l'espérance légitime du justiciable de bénéficier de cette même faveur aurait-elle pu conduire à une solution différente de celle de l'arrêt du 15 décembre 2021 ? Il est difficile de le penser, mais le fait de poser la question est un défi pour la légalité pénale, défi élevé encore par la Cour de cassation dans cet arrêt où elle fait œuvre normative.

Crim. 15 décembre 2021, n° 20-85.924, publ. Bull. à venir

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu le même jour un autre arrêt relatif au principe *ne bis in idem* portant sur une de ses dimensions exclusivement procédurale.

A la suite de plusieurs contrôles effectués sur des chantiers sur lesquels travaillaient des salariés d'entreprise de droit roumain, le gérant a été poursuivi et condamné des chefs de prêt illicite de main-d'œuvre, travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié et emploi d'étrangers sans autorisation de travail. Le pourvoi exploite un moyen reposant sur le principe *ne bis in idem*, puisque les juges ont retenu « une seule intention coupable concernant des faits procédant de manière indissociable d'une action unique » qui ne permettait pas plusieurs déclarations de culpabilité.

La Cour de cassation déclare irrecevable le moyen de violation du principe *ne bis in idem* lorsqu'il est invoqué pour la première fois devant elle, pour deux raisons. D'une part, le principe n'est pas d'ordre public. D'autre part, le grief pris de sa violation ne naît pas

Actualité pénale

de l'arrêt.

L'arrêt est important et contient une règle procédurale utile. Le cumul de qualifications naît de la pluralité de qualifications et de poursuites. Il convient de signaler à la Justice ce dysfonctionnement le plus rapidement possible, mais on ne peut pas le faire en fin de procédure lorsque les qualifications ont donné lieu au « débat judiciaire » et ont donc été implicitement acceptées de tous. Si l'affirmation de la Cour de cassation semble logique, elle soulève tout de même une interrogation sur le plan juridique. La qualification est un moyen d'ordre public et son respect s'impose à tous, juge comme justiciable, ce qui ne semble pas être le cas de la multitude de qualifications.

PERQUISITION – ENQUÊTE PRÉLIMINAIRE – AGENT DE POLICE JUDICIAIRE – NULLITÉ

Cour de cassation, Crim. 7 décembre 2021, n° 20-82.733, publ. Bull. à venir, premier moyen

Deux perquisitions sont effectuées dans le cadre d'une enquête préliminaire. La personne condamnée pour les infractions ayant motivé ces actes d'enquête demande l'annulation des perquisitions effectuées par un agent de police judiciaire, alors que les articles 75 et suivants du Code de procédure pénale prévoient que les officiers de police judiciaire (OPJ) et, sous le contrôle de ceux-ci, les agents de police judiciaire (APJ), « procèdent à des enquêtes préliminaires soit sur les instructions du procureur de la République, soit d'office ». La Cour d'appel refuse l'annulation des actes puisque les perquisitions avaient été effectuées sous le contrôle d'un

Actualité pénale

commissaire, qui est OPJ, sur instruction du substitut du Procureur de la République et avec l'assentiment de la personne.

La Cour de cassation rejette le moyen, car la personne ne conteste pas les constatations du procès-verbal et ne se prévaut d'aucun grief sauf celui d'être poursuivie. Cependant, elle précise les règles applicables en la matière et adresse un avertissement aux enquêteurs. L'article 75 autorise les APJ à effectuer des actes d'enquête préliminaire sous le contrôle des OPJ. Contrairement à l'enquête de flagrance, les APJ peuvent procéder à une perquisition sous le contrôle de l'OPJ. Mais le respect de cette condition donne lieu à un formalisme renforcé. « L'existence de ce contrôle est établie par une mention expresse au procès-verbal de perquisition ou peut résulter, à défaut, d'une mention spécifique dans les pièces de procédure », de telle sorte que « le seul visa du commissaire de police, chef de service, apposé sur le soit-transmis de clôture de la procédure au procureur de la République » ne permet pas d'établir l'existence du contrôle d'un officier de police judiciaire sur les opérations « sans mentionner aucune autre pièce de nature à en établir la réalité ». La Chambre criminelle rappelle que « l'exercice de ce contrôle est une condition de la régularité de la recherche de la preuve » et que son absence est une cause de nullité qui n'est pas automatique mais est soumise à la condition de la preuve d'un grief. Si la Cour de cassation sauve la procédure mise en cause, elle envoie une mise en garde aux OPJ et APJ quant au respect strict des conditions des actes d'enquête préliminaire.

Actualité pénale

AUDITION LIBRE – PRIVATION DE LIBERTÉ

Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), 9 décembre 2021, Jarrand c/ France

M. Jarrand vivait avec sa mère très âgée qui était dans un état sanitaire et mental très dégradé. Les médecins et services sociaux ont requis le placement de la mère, car elle vivait dans des conditions d'hygiène inacceptables et M. Jarrand s'opposait à toute forme d'aide et de suivi. Sa mère a été placée d'office dans une maison de retraite et il l'accueillait en visite. À plusieurs reprises, il a refusé de la reconduire. Une fois, il s'est enfermé à clé avec sa mère et a refusé de recevoir toute personne pour la reconduire. Plusieurs équipages de police sont intervenus sur place, ont délivré la vieille dame et ont conduit M. Jarrand au poste où il a été entendu puis est rentré chez lui en taxi dans la nuit. Ce dernier et sa mère ont déposé plusieurs plaintes simples et une plainte avec constitution de partie civile pour violation de domicile, violences, menaces avec arme, arrestation illégale, séquestration, vol et dégradation de biens. Les juridictions d'instruction, approuvées par la Cour de cassation, ont retenu un non-lieu. M. Jarrand saisit la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) pour violation de l'article 5 de la Convention par privation arbitraire de liberté, car il a été retenu au poste de police pendant 2h45. La CEDH considère que son arrestation était justifiée en raison de l'enquête de flagrance qui avait été ouverte. En revanche, son audition viole l'article 5, car il a été conduit au commissariat sous la contrainte, alors qu'il n'a pas été placé en garde à vue, ce qui lui aurait permis de bénéficier des garanties légales

Actualité pénale

attachées à ce régime juridique et constitue une privation de liberté qui « ne s'est pas déroulée selon les "voies légales" ». Si l'opération de police peut porter à discussion par son ampleur, l'obligation positive de protection des personnes vulnérables pesant sur les États la justifie compte tenu des circonstances particulières de l'espèce. Il n'y a pas de violation de l'article 8 protégeant la vie privée puisque l'ingérence des pouvoirs publics dans l'intimité de la vie privée de la personne semblait justifiée par la « nécessité dans une société démocratique » qui offre une marge d'appréciation importante aux États.

Police administrative

Jérôme Millet

**Décès à l'occasion du maintien de l'ordre à Sivens :
l'imprudence de la victime atténue la responsabilité
sans faute de l'État pour les seuls dommages
résultant de l'attroupement**

TA Toulouse, 25 novembre 2021, n° 1805497

Les faits sont connus : le projet de barrage de Sivens (Tarn), qui devait créer un lac de barrage permettant la constitution d'une réserve d'eau mais nécessitant la submersion de 12 hectares d'une zone humide, engendre une occupation du site prenant des formes violentes, qui atteint son apogée les 25 et 26 octobre 2014. Des affrontements violents opposent les militaires de la gendarmerie à un collectif d'associations, au cours desquels un militant, atteint par une grenade, décède¹. Ce décès a, notamment, entraîné l'interdiction, en fait (dès le 28 octobre 2014) puis en droit (D. n° 2017-1029, 10 mai 2017 modifiant l'article D. 211-17 du Code de la sécurité intérieure), de l'utilisation par les forces de l'ordre des grenades offensives dans les opérations de maintien de l'ordre et le durcissement des modalités d'emploi des grenades lacrymogènes à

¹. Dans la seule nuit du 25 au 26 octobre 2014 (de 00h20 à 03h27), en trois heures d'engagement de haute intensité, on dénombre le tir de 237 grenades lacrymogènes (dont 33 à main), 38 grenades GLI F4 (dont 8 à main) et 23 grenades offensives F1 (dont 1 qui a tué Rémi Fraisse), ainsi que de 41 balles de défense avec lanceur de 40 x 46 mm : Rapport IGGN-IGPN relatif à l'emploi des munitions en opérations de maintien de l'ordre, novembre 2014, p. 23.

Police administrative

effet de souffle, dites GLI². Cette affaire aura donné lieu à de nombreuses décisions : d'abord, celle rendue le 17 janvier 2019 par le Conseil constitutionnel (décision n° 2018-756 QPC, M. Jean-Pierre F) : en l'espèce, la QPC était posée par le père de Rémi Fraisse et mettait en cause la constitutionnalité des dispositions de l'article 697 du Code de procédure pénale qui réservent aux seules juridictions spécialisées en matière militaire la compétence pour connaître des crimes et des délits commis sur le territoire de la République par les gendarmes dans l'exercice du maintien de l'ordre. Le Conseil a jugé que, compte tenu des « particularités de l'état militaire »³ applicable aux gendarmes, « il était loisible au législateur, au nom de l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice, de prévoir la spécialisation des formations juridictionnelles chargées de connaître des infractions de droit commun commises par eux dans l'exercice de leur service, afin de favoriser une meilleure appréhension de ces particularités ». Ensuite, la juridiction pénale saisie rend une ordonnance de non-lieu à l'encontre du gendarme auteur du lancer de grenades, la Cour de cassation confirmant la décision (Cass. Crim., 9 mars 2021, n° 20-82.416) en estimant que ni l'impartialité du juge d'instruction, ni la nécessité de la riposte mortelle ne peuvent être remises en cause et confirme une saisine de la Cour d'assises à l'encontre du gendarme :

2. MAYAUD, Yves. Pour des violences policières légitimes, par rejet des qualifications, et de violences mortelles, et d'homicide involontaire, *RSC* 2021, p. 621 ; DUPIC, Emmanuel, Le droit d'usage de la force dans le cadre du maintien de l'ordre : retour sur les événements de Sivens, *Gaz. Pal.* 2015. 1. Doctr. 211.

3. Sur cette notion, GRANGER, Marc-Antoine. L'état militaire dans la jurisprudence constitutionnelle, in D. CUMIN et Th. MESZAROS (dir.) *Annuaire 2021 du droit de la sécurité et de la défense*, 2021, p. 71.

Police administrative

l'homicide involontaire n'est pas retenu en raison du respect, par la hiérarchie, de la réglementation en matière de maintien de l'ordre et d'usage des armes⁴. Enfin, le Défenseur des droits, peu suspect de clémence à l'endroit des forces de l'ordre, avait estimé que le gendarme n'avait « pas commis d'imprudence et n'a[vait] pas manqué à ses obligations déontologiques et professionnelles »⁵.

À la suite de l'ordonnance de non-lieu confirmée par la Cour de cassation en mars 2021, la famille de Rémi Fraisse a adressé une demande indemnitaire préalable au préfet du Tarn le 28 juin 2018, en vue d'obtenir la réparation de son préjudice moral. La préfecture n'a pas donné suite à cette demande. La famille s'est donc tournée vers le tribunal administratif de Toulouse afin de voir reconnue la responsabilité de l'État et d'obtenir réparation de son préjudice moral au titre de plusieurs régimes de responsabilité⁶.

Le tribunal administratif a, d'abord, écarté l'engagement de la responsabilité sans faute de l'État fondée sur l'utilisation, par les forces de l'ordre, d'une arme comportant des risques exceptionnels, dès lors que la victime n'était pas un tiers à l'opération. Si le tribunal administratif admet que les grenades offensives « qui provoquent en cas d'explosion un effet de souffle combiné à un effet assourdissant, constituent des armes présentant un risque exceptionnel » et dont l'usage est susceptible d'engager la responsabilité de l'État pour faute simple, il considère que les

4. CHAVENT-LECLERE, Anne-Sophie, Confirmation du non-lieu dans l'affaire du chantier de Sivens, *Procédures*, mai 2021, p. 31.

5. DDD, 25 novembre 2016, MDS-2016-109.

6. V. PAULIAT, Hélène. Décès à la ZAD de Sivens : la responsabilité sans faute de l'État atténuée par l'imprudence de la victime, *JCPA*, 2021, 725.

Police administrative

conditions légales étaient réunies pour faire usage de ces grenades compte tenu des « jets de projectile divers (...) de la part d'un nombre croissant de manifestants qui n'avaient cessé de se rapprocher en différentes positions (...) en faisant fi de l'appel à la dispersion qui leur avait été adressé quelques minutes auparavant ». À cet égard, le tribunal explicite largement le comportement de Rémi Fraisse qui, au lieu de rester en retrait parmi les manifestants pacifiques, à supposer qu'il y en ait encore eu de présents à 01h40 du matin, ou de quitter l'attroupement entendu comme « la dégénérescence délictueuse de la manifestation »⁷, s'est mis à courir en direction des forces de gendarmerie pour se retrouver à proximité immédiate des affrontements.

Le tribunal administratif admet, en revanche, la responsabilité sans faute de l'État pour des dommages résultant des attroupements et des rassemblements, sur le fondement de l'article L. 210 du Code de la sécurité intérieure au terme duquel l'État « est civilement responsable des dégâts et dommages résultant des crimes et délits commis, à force ouverte ou par violence, par des attroupements ou rassemblements armés ou non armés, soit contre les personnes, soit contre les biens (...) ». Les violences commises dans la nuit du 25 octobre 2014 sont directement liées à l'organisation de la manifestation et ne peuvent être considérées comme résultant d'une action préméditée en vue de commettre des infractions délictuelles par un groupe qui se serait constitué et organisé à seule fin de commettre des délits. Toutefois, et comme l'y invitait la préfecture du Tarn dans ses écritures en défense, le tribunal

⁷. GOHIN, Olivier, LATOUR, Xavier. La gendarmerie nationale, entre unité fonctionnelle et identité organique. *AJDA*, 2009, p. 2270.

Police administrative

administratif atténue la responsabilité de l'État par l'imprudence fautive commise par Rémi Fraisse : elle est, selon le juge, de nature à l'exonérer de sa responsabilité à hauteur de 20 %.

Le tribunal écarte, enfin, la responsabilité pour faute de l'État, en se fondant sur une jurisprudence stable, celle de la réparation des préjudices résultant de tirs de LBD durant les opérations de maintien de l'ordre (CAA Nantes, 5 juillet 2018, n° 17NT00411) : « lorsque les dommages ont été subis par des personnes ou des biens visés par ces opérations, le service de police ne peut être tenu pour responsable que lorsque le dommage est imputable à une faute commise par les agents de ce service dans l'exercice de leurs fonctions. En raison des dangers inhérents à l'usage des armes ou engins comportant des risques exceptionnels pour les personnes et les biens, il n'est pas nécessaire que cette faute présente le caractère d'une faute lourde ». Il n'est pas inintéressant de relever que le juge administratif a considéré que la réponse des militaires de la gendarmerie aux violences a été graduelle et proportionnée, que le gendarme a respecté les consignes alors en vigueur pour lancer ce type de grenades et que l'absence du préfet, autorité civile habilitée à décider de l'emploi de la force (CSI, art. R. 211-21), n'a pas été considérée comme fautive dès lors que le commandant de groupement de gendarmerie était présent et qu'elle ne peut être directement liée à l'origine du décès de Rémi Fraisse.

Pour aller plus loin :

Christophe AUBERTIN, Le droit pénal des réunions, manifestations et attroupements, in *Annuaire 2017 du droit de la sécurité et de la défense*, Mare et Martin, 2017, p. 283.

Police administrative

Fleur JOURDAN, Gilets jaunes – L'État est-il responsable ?, *JCP A*, 2019. 2051.

Victoria HIBSCHHERR, La sécurité contre les libertés, la constitutionnalité discutée de la police des manifestations, in O. Gohin et B. Pauvert (dir.), *Le droit de la sécurité et de la défense en 2014*, PUAM, 2015.

Jérôme MILLET, Réflexions sur l'emploi de la force pour disperser un attroupement : de 1968 à Sivens, in Béatrice THOMAS-TUAL et Matthieu CONNAN (dir.), *L'annuaire 2016 du droit de la sécurité et de la défense*, Mare et Martin, 2016, p. 303-321.

Jérôme MILLET, La loi du 10 avril 2019 visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations: une loi "anti-casseur"? , *JCP A*, 2019, p. 6.

Jérôme MILLET, De l'urgence de réviser le régime juridique d'emploi de la force en situation insurrectionnelle ou le petit matin après le Grand Soir, *JCP A*, 2019, p. 46.

Sébastien PELLÉ, Actes illicites commis à l'occasion d'une manifestation : de l'imbroglio des responsabilités à l'imbrication des fautes », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2019, p. 563.

**Nuisances liées aux rodéos motorisés : pas de
carence du maire de Lyon, pas de mesures
insuffisantes ou tardives du préfet du Rhône**

TA Lyon, 24 novembre 2021, n° 2000611 et 2101049

La loi n° 2018-701 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les rodéos motorisés a instauré un nouveau chapitre au sein du titre III

Police administrative

du livre II du Code de la route consacré aux comportements compromettant délibérément la sécurité ou la tranquillité des usagers de la route. Il a créé plusieurs nouveaux délits de participation à un rodéo motorisé et d'incitation, d'organisation et de promotion de cette pratique, et complété l'arsenal judiciaire en prévoyant le recours à plusieurs peines complémentaires, dont la confiscation obligatoire du véhicule, sauf décision contraire et motivée du magistrat.

Les rodéos motorisés sont définis comme « le fait d'adopter, au moyen d'un véhicule terrestre à moteur, une conduite répétant de façon intentionnelle des manœuvres constituant des violations d'obligations particulières de sécurité ou de prudence prévues par les dispositions législatives et réglementaires du présent code dans des conditions qui compromettent la sécurité des usagers de la route ou qui troublent la tranquillité publique » (C. route, art. L. 236-1).

Le phénomène ne cesse de s'amplifier. En zone gendarmerie, selon un rapport d'information de la commission des lois de l'Assemblée nationale⁸, il est en forte augmentation en 2020 : 871 délits relevés, contre 588 en 2019, pour 15 143 interventions, contre 9 556 l'année passée. Le profil « type » des personnes commettant des rodéos motorisés serait, selon ce même rapport, « essentiellement de jeunes hommes, habitant des quartiers dits défavorisés, souvent connus des services de police et de gendarmerie⁹ ».

Or, la commission de ces délits emporte de lourdes conséquences

⁸. Rapport n° 4434 sur l'évaluation de l'impact de la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les rodéos motorisés, septembre 2021, p. 11 (AJDA, 2021, p. 1710).

⁹. *Idem*, p. 17.

Police administrative

pour la population : outre les nuisances sonores que cela occasionne et les nombreux dégâts matériels, ils provoquent de graves atteintes aux personnes et nourrissent un sentiment d'insécurité des habitants qui peut se traduire, lorsque la réponse des pouvoirs publics n'est plus à la hauteur, par un inacceptable sentiment d'abandon et de totale impunité.

C'est probablement ce sentiment d'abandon qui a motivé le recours au juge administratif puisque, dans les quartiers nord de Marseille, où des rodéos se déroulaient depuis 2008 et quotidiennement depuis 2017, la responsable d'un collectif a poursuivi l'État pour inaction, qui a été condamné par le tribunal administratif de Marseille l'an dernier, faute d'avoir pu démontrer avoir pris en compte ces mises en garde et pris les mesures nécessaires pour y mettre un terme¹⁰.

Ce contentieux a fait tache d'huile puisqu'en l'espèce, excédés, deux collectifs de riverains et de commerçants, situés à Lyon et Villeurbanne, avaient saisi le tribunal administratif en raison de l'absence de réponse à leurs demandes faites aux autorités publiques d'adopter des mesures de nature à faire cesser les atteintes à la tranquillité et à la sécurité publiques résultant de rodéos motorisés, trafics et violences dans l'espace public¹¹.

10. TA Marseille, 3 août 2020, n° 1800819. Pour le tribunal, le préfet des Bouches-du-Rhône était tenu par une « obligation de prendre des mesures appropriées pour assurer un niveau raisonnable de tranquillité publique ». À ce sujet, le juge estime que « la responsabilité de l'État peut être recherchée pour les fautes éventuellement commises dans l'exercice de ces missions [...], sans subordonner cette responsabilité à l'existence d'une faute lourde » (AJCT, 2021, p. 99, Farid BELACEL).

11. TA Lyon, communiqué du 24 novembre 2021, JCP A, 2021, act. 719.

Police administrative

Dans la première affaire, 161 personnes physiques et morales demandaient au maire de Lyon d'exercer ses pouvoirs de police pour assurer la tranquillité et la sécurité publiques dans leurs quartiers exposés aux nuisances nocturnes des rodéos.

Sans surprise, le juge rappelle que dans les communes où la police est étatisée (chefs-lieux de département et les communes de plus de 20 000 habitants particulièrement exposées à des problèmes de délinquance), le maire est compétent pour prévenir les atteintes à la tranquillité publique uniquement en ce qui concerne les troubles de voisinage ; or, il estime que les troubles à la tranquillité invoqués par les requérants résultent de nuisances liées à l'organisation de rodéos dans le centre-ville de Lyon, par des personnes de passage, et ne constituent pas, dès lors, des troubles du voisinage qu'il appartient au maire de faire cesser. Le tribunal précise, en outre, que si le maire de Lyon conserve une compétence en matière de police du stationnement, il ne lui appartient pas de prendre des mesures réglementant la circulation et le stationnement dans le but de préservation de la tranquillité et la sécurité publiques. En conséquence, il estime, qu'incompétent, le maire de Lyon ne pouvait pas prendre de mesures de police plus restrictives que celles prises par l'État et considère, par suite, que la responsabilité du maire de Lyon ne peut pas être engagée.

Dans la seconde affaire, un second collectif de 396 personnes physiques et morales, se disant contribuables et habitants des villes de Lyon et Villeurbanne, réclamait au Premier ministre, au ministre de l'Intérieur et à la ministre de la Cohésion des territoires et des Relations avec les collectivités territoriales, d'exercer leurs pouvoirs de police pour assurer la tranquillité et la sécurité publiques dans leurs quartiers exposés aux nuisances provoquées par les rodéos

Police administrative

motorisés, dans les 1^{er} et 3^e arrondissements de Lyon, à des trafics de stupéfiants dans le quartier de Tonkin et à des violences multiples dans l'espace public.

Le tribunal précise que, étant donné leur nature, en particulier les rodéos motorisés imputables à des personnes qui sont de passage dans les quartiers concernés, il appartient au préfet de prévenir certaines des nuisances invoquées par des mesures de police administrative sur ces communes où la police est étatisée. Le juge relève à cet égard que le préfet a produit un ensemble d'éléments de nature à justifier de la mobilisation des services de l'État dans la prévention de ces nuisances, dont en particulier l'organisation d'opérations de police visant le contrôle de véhicules sur la commune de Lyon ou la visite de parties communes d'immeubles dans le quartier du Tonkin à Villeurbanne, en 2019 et 2020. À l'inverse, il relève que les requérants n'ont pas justifié de la nature, de la fréquence et de la localisation exacte des troubles dont ils se plaignent, ni de la manière dont ils sont personnellement affectés. Le tribunal estime, en conséquence, qu'ils n'établissent pas que les mesures présentées par le préfet du Rhône étaient tardives ou insuffisantes pour lutter contre les nuisances en cause et leur permettre de bénéficier d'un niveau raisonnable de tranquillité et de sécurité. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, le tribunal a jugé qu'aucune faute de nature à engager la responsabilité de la commune de Lyon ni de l'État n'était caractérisée et rejette les requêtes.

Ainsi, le droit est passé et il est probable que les troubles n'ont pas cessé. Il importe désormais de ne pas laisser prospérer un sentiment d'abandon des populations et d'impuissance publique. À cet égard,

Police administrative

les propositions de la commission des Lois de l'Assemblée nationale évaluant l'impact de la loi de 2018 renforçant la lutte contre les rodéos, doivent être étudiées avec le plus grand sérieux et, parmi elles, citons : la possibilité pour la police et la gendarmerie d'utiliser des caméras aéroportées pour suivre les véhicules et identifier les personnes commettant des rodéos, l'établissement de statistiques détaillées en matière d'accidentologie hors et lors de l'intervention des forces de l'ordre à l'occasion de rodéos, la clarification sur l'ensemble du territoire des conditions permettant une prise en charge du conducteur d'un véhicule en situation de refus d'obtempérer, en laissant une marge de manœuvre aux policiers et aux gendarmes, la nécessaire réflexion sur la pertinence et l'intérêt de la méthode du « contact tactique » britannique pour les forces de l'ordre françaises spécialement formées, pour les cas les plus graves nécessitant une intervention immédiate, la généralisation du dispositif « Stop rodéo » mis en œuvre à Compiègne dans les villes les plus touchées par cette pratique, le développement des initiatives de prévention situationnelle au sein des espaces les plus touchés par les rodéos motorisés.

Même, surtout, en matière de sécurité et de tranquillité publiques, le temps des méthodes disruptives est lui aussi arrivé.

Le juge constitutionnel donne partiellement raison à l'État qui veut interdire les signalements de contrôles routiers sur les applications d'aide à la conduite

Cons. Const., 24 novembre 2021, n° 2021-948 QPC

En 2016, la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait rejeté le

Police administrative

pourvoi (Cass. Crim., 13 décembre 2016, n° 16-81.144) formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier relaxant des prévenus qui avaient utilisé le réseau social Facebook en créant une page permettant aux automobilistes de signaler l'emplacement de contrôle de vitesse (CA Montpellier, 21 septembre 2015, n° 15-1280). Ils contournaient ainsi les dispositions de l'article R. 413-15 du Code de la route interdisant l'utilisation de produits ou de dispositifs visant à avertir ou à informer de la localisation des appareils servant à la constatation des infractions routières : les juges du fond avaient alors considéré que l'utilisation d'un réseau social sur lequel les internautes inscrits échangent des informations, depuis un ordinateur ou un téléphone, ne peut être considérée comme l'usage d'un dispositif de nature à se soustraire à la constatation des infractions relatives à la circulation routière. Ils soulignaient encore qu'il existe de multiples exemples d'utilisation des réseaux sociaux par les autorités publiques pour informer les automobilistes de la localisation de contrôle de vitesse et d'alcoolémie¹². En somme, le seul fait de signaler la présence d'un contrôle de police sur un réseau social ne constitue pas un acte pénalement répréhensible, comme le rappelle la Cour de cassation (Crim. 6 sept. 2016, n° 15-86.412, D. 2016. 1757 ; *ibid.* 2424, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi, L. Miniato et S. Mirabail ; *AJ pénal*, 2016. 534, obs. J.-B. Thierry).

Mais, à l'issue du comité interministériel de la sécurité routière du 9 janvier 2018, le Premier ministre annonce vouloir permettre aux

¹². GAUVIN, Fabrice, *Droit pénal*, 2016, chron. 7, n° 3 et *Droit pénal*, 2017, chron. 7, n° 3.

Police administrative

forces de l'ordre, à leur demande, de suspendre temporairement les systèmes de localisation de leurs contrôles d'alcoolémie et de stupéfiants au motif que le signalement de la position des forces de l'ordre au bord de route nuit à l'efficacité des contrôles visant à interpellier les auteurs des comportements particulièrement à risque mais aussi à celle des opérations de lutte contre la criminalité sous toutes ses formes.

Tel est l'objet de l'article 98 de la loi du 29 décembre 2019 d'orientation des mobilités qui a créé, dans un nouvel article L. 130-11 du Code de la route, la possibilité pour l'autorité administrative d'interdire, sur les zones de contrôles policiers, « aux exploitants de service électronique d'aide à la conduite ou à la navigation par géolocalisation de rediffuser, au moyen de ce service, tout message ou indication émis par les utilisateurs de ce service dès lors que cette rediffusion est susceptible de permettre aux utilisateurs de se soustraire au contrôle ». Cette interdiction de rediffusion consiste « à occulter, pour toutes les voies ou portions de voies qui lui sont désignées par l'autorité compétente, tous les messages et indications qu'il aurait habituellement rediffusés aux utilisateurs dans un mode de fonctionnement normal du service ». L'interdiction peut être mise en place à l'occasion de contrôles d'alcoolémie, de contrôles de stupéfiants, de contrôles d'identité et de fouilles de véhicule, ou encore de contrôles des personnes recherchées, mais ne concerne pas les contrôles de vitesse. L'article L. 130-11 encadre dans le temps et dans l'espace la mise en œuvre de l'interdiction de rediffusion : sa durée maximale varie de deux à douze heures selon les types de contrôle, et les voies concernées par ce « black-out » ne

Police administrative

peuvent dépasser un rayon de deux à dix kilomètres autour du point de contrôle, selon que le contrôle se situe en agglomération ou hors agglomération.

La société Coyote System a introduit, devant le Conseil d'État, un recours en excès de pouvoir dirigé contre le décret d'application des dispositions législatives précitées, assorti d'une QPC. Par une décision du 29 septembre dernier, le Conseil d'État a sursis à statuer et a renvoyé au Conseil constitutionnel la QPC présentée par la société requérante, sur la base notamment de l'atteinte à la liberté d'expression et de communication des utilisateurs des plateformes (CE 29 sept. 2021, n° 453763).

Délocalisé pour l'occasion à la Cour d'appel de Bourges, le Conseil constitutionnel observe tout d'abord que ces dispositions portent bien, par nature, une atteinte à la liberté d'expression et de communication telle que protégée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. La liberté d'expression et de communication étant une condition de la démocratie, les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi. Et les Sages de la rue Montpensier de relever que ces dispositions poursuivent l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions puisqu'elles ont pour objet d'éviter que les automobilistes puissent se soustraire à certains contrôles de police.

Ensuite, le Conseil constitutionnel relève que cette atteinte est encadrée à plusieurs titres. D'une part, « l'interdiction prévue par l'article L. 130-11 du code de la route ne s'applique qu'aux services électroniques dédiés spécifiquement à l'aide à la conduite et à la

Police administrative

navigation routières » et ne concerne qu'une liste de contrôles routiers spécifiquement énumérés : contrôles d'alcoolémie et de l'usage de stupéfiants, certains contrôles d'identité, visites de véhicules et fouilles de bagages, recherches ordonnées par les autorités judiciaires pour des crimes ou délits punis d'au moins 3 ans d'emprisonnement et vérifications concernant l'inscription des conducteurs ou passagers dans le fichier des personnes recherchées à raison de la menace qu'ils constituent pour l'ordre ou la sécurité publics ou parce qu'ils font l'objet d'une décision de placement d'office en établissement psychiatrique ou se sont évadés d'un tel établissement. N'y figurent donc pas les contrôles de vitesse. D'autre part, la durée de l'interdiction est limitée à deux heures en cas de contrôle d'alcoolémie ou de stupéfiants, et à douze heures dans les autres cas (contrôles d'identité ou recherches ordonnées par les autorités judiciaires notamment).

Le Conseil constitutionnel valide donc le dispositif général mis en place par la loi d'orientation des mobilités et considère qu'il est possible de limiter la communication d'informations entre citoyens portant sur la localisation d'un contrôle de police, au nom de la poursuite de l'objectif à valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions.

En revanche, les Sages censurent une partie des dispositions contestées au motif que, pour le réseau routier secondaire, l'interdiction vise l'ensemble des informations habituellement rediffusées aux utilisateurs par l'exploitant du service, et donc, potentiellement, des informations de sécurité routière qui seraient partagées sur les plateformes et qui seraient sans rapport avec la localisation des contrôles de police (*JCP A*, 2021, act. 709, D. 2021,

Police administrative

p. 2135, *AJ Pénal*, 2021, p. 590).

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

Xavier Latour

L'autorité et la sécurité

Le 2 décembre 2021 s'est tenu à Nice un colloque co-organisé par le CREOGN et la Faculté de droit et science politique de Nice (Centre de recherche en droit administratif, constitutionnel, financier et fiscal). Il a réuni des universitaires et des praticiens autour du thème essentiel de l'autorité, appréhendé au prisme des forces de sécurité intérieure, en particulier la gendarmerie.

Les forces de l'ordre incarnent l'autorité. Sans être les seules, elles jouent un rôle particulier. Cette constatation inciterait à clore rapidement nos réflexions. La force de l'évidence viderait le sujet de son contenu.

Pourtant, ce « pouvoir de commander appartenant aux gouvernants et à certains agents publics »¹ soulève des interrogations, dérange, choque parfois. Les différences d'appréciation en font un objet d'attraction ou de répulsion. L'ascendant procuré par l'autorité constitue un pilier de l'État, de la vie en société. À l'inverse, ce même ascendant suscite le rejet dès lors qu'il est perçu comme étant abusif, ou oppressif. L'autorité oscille entre contestations d'un côté ; carences, de l'autre. Dans les deux cas, elle traverserait une crise. Mais n'est-ce pas plutôt dans ses gènes que d'être sans cesse questionnée ?

2. CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*, PUF, p. 85.

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

Pour les soldats de la loi, la sécurité ne se dissocie pas de l'exercice des libertés.

En matière de sécurité, l'article 12 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen pose ainsi pour principe que « la garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique ; cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux à qui elle est confiée ». Bien que connue, voire rebattue, la formule n'en demeure pas moins cruciale lorsqu'il s'agit de comprendre la relation d'autorité. Qu'elles soient nationales (police et gendarmerie), ou locales (les polices municipales), les polices (indépendamment de leur statut) ne peuvent pas s'en départir.

La vie en société suppose l'édiction de règles (de la loi à l'acte individuel) par des autorités compétentes. Elle induit, également, les moyens d'en garantir le respect. Conçues sur un modèle de police d'ordre, les forces de sécurité évoluent. Toutes ont compris l'importance de leur rôle au service des citoyens, même si le droit positif ne reflète pas toujours suffisamment le chemin parcouru (par exemple, la rédaction de l'article L 111-1 du Code de la sécurité intérieure – CSI).

Toutes servent la Société en se conformant aux objectifs assignés à l'autorité dans une démocratie libérale. La garantie de l'ordre public a de multiples facettes, comme en témoigne particulièrement la distinction entre la police administrative et la police judiciaire. Dans un État de droit, la restriction ponctuelle des droits et libertés n'a pas d'autre but que d'éviter des atteintes encore plus graves. En ce sens, la sécurité nécessite, par nature, des règles et les capacités de

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

les appliquer, y compris par la contrainte.

Le contrat social symbolise le consensus qui structure les rapports sociaux. Pourtant, la contestation de l'autorité est indissociable de son existence même. D'aucuns peinent à percevoir ce qui la différencie de l'oppression, ou la perçoivent uniquement à travers le prisme d'un instrument de répression au service d'intérêts catégoriels, la bourgeoisie par exemple. L'autorité est éventuellement suspectée d'arbitraire. Elle pourrait se transformer en « tyrannie », définie par John Locke comme « étant un pouvoir outré ». Bien que la démocratie se soit construite contre les abus d'autorité, elle n'échappe pas aux dénonciations de dérives réelles ou supposées.

Théorisée ou matérialisée, la remise en cause de l'autorité au nom d'une lutte contre l'autoritarisme bouleverse les relations sociales (entre ceux qui la défendent et ceux qui la critiquent), ainsi que les rapports entre les détenteurs et les sujets. Le doute s'installe au point d'agir comme un acide qui ronge lentement, mais sûrement, les fondations du pacte social construit sur le principe de légitimité, donc d'acceptation.

Comme les autres forces, la gendarmerie est au cœur des débats. L'institution sait à quel point l'autorité se pense et s'applique avec le souci de la mesure.

L'autorité exercée sur la gendarmerie

Avant d'exercer l'autorité, les forces de l'ordre s'y soumettent. Elles appartiennent à l'administration. Dès lors, elles dépendent d'une

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

autorité supérieure dont les détenteurs sont multiples. De plus, elles agissent dans un cadre normatif.

Les forces de sécurité intérieure travaillent pour un État très organisé, avec une administration centrale, déconcentrée et décentralisée. Elles dépendent de l'imbrication des autorités compétentes vis-à-vis d'elles. À l'intérieur du principe de légalité, la répartition des compétences matérielles et territoriales structure leur action.

Or, la soumission des forces de l'ordre en général, et de la gendarmerie en particulier, à l'autorité de l'État suppose l'existence d'un cadre normatif.

En plus des règles applicables à la procédure judiciaire, les forces de l'ordre se soumettent à un ensemble de lois et de règlements. Ces textes manifestent l'autorité du pouvoir civil. L'originalité de la gendarmerie réside dans l'existence d'un cadre inhérent à sa militarité d'une part, et à ses missions de police d'autre part.

En plus des droits et obligations exposés dans le statut général des militaires (le CSI y renvoie explicitement, article R 434-33), d'autres figurent dans le CSI. À ce titre, la militarité de la gendarmerie n'exclut pas une déontologie commune avec la police nationale. En raison de l'identité des missions, la logique imposait ce rapprochement. L'autorité ne s'exerce pas totalement différemment sur les deux forces malgré leur statut distinct. L'article R 434-2 rappelle ainsi que la police et la gendarmerie nationales sont « placées sous l'autorité du ministre de l'Intérieur » pour l'accomplissement de missions communes. La loyauté dépasse le seul ministre pour englober les autorités de la République et le

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

service de la loi. Dans le prolongement, une sous-section du chapitre dédié à la déontologie s'intitule « Autorité et protection ».

La loyauté découle ainsi de l'autorité (article R 434-5 CSI), inséparable du pouvoir hiérarchique (article R 434-4 CSI et article L 4122-1 Code de la défense).

L'autorité exercée par la gendarmerie

Dans une société en mutation constante, l'exercice de l'autorité par les forces de l'ordre se renouvelle sans cesse, tandis qu'elles s'exposent à la contestation.

Traiter de l'autorité nécessite de la comprendre au regard des influences qu'elle subit. Parmi elles, trois retiennent plus particulièrement l'attention.

La première concerne la relation entre la liberté et l'autorité. Le classicisme du thème ne signifie pas pour autant qu'il soit figé, au contraire. L'un des objectifs de l'autorité réside dans la préservation des droits et libertés. Les polices suivent alors les lignes directrices fixées par la hiérarchie des normes. Or, les libertés et leur exercice changent, en fonction des contextes et des attentes de la population.

La suivante intéresse l'un des grands défis contemporains. Pendant des siècles, l'autorité s'exerçait dans le monde matériel. La sécurité impliquait des actions de coercition très concrètes sur des individus, et à l'intérieur de frontières bien définies.

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

Avec la construction d'un monde parallèle, d'un monde immatériel, comment se conçoit et s'applique l'autorité ? La délinquance immatérielle bouleverse les vieux paradigmes. Sur qui et comment intervenir ? L'immatériel prendrait-il en défaut l'autorité au point de remettre en cause son existence même ou, plus grave encore, celle de la souveraineté dont elle découle ?

La dernière fait écho à la diversité des moyens pour exercer l'autorité. À cet égard, les forces de l'ordre agissent dans un réseau d'interdépendances.

Police et gendarmerie nationales entretiennent d'étroites relations avec les polices municipales et, dans une certaine mesure, avec la sécurité privée. L'autorité se répartit, éventuellement elle se partage.

Même la population est appelée à se responsabiliser pour contribuer à l'application de l'autorité. Les dispositifs de participation citoyenne relèvent d'une logique dans laquelle chacun peut être un auxiliaire, certes très encadré, de celle-ci. Sans l'exercer, l'administré tend à la rendre plus efficace.

La contestation de l'autorité est le revers obligé de son affirmation. Elle prend des formes variées, plus ou moins radicales. Elle implique aussi d'envisager les contrôles exercés sur l'autorité, indispensables afin d'en garantir l'acceptation.

Ces dernières années, la contestation politique a connu une nouvelle vigueur. Les extrémistes défient les forces de l'ordre. Ils entrent parfois dans une logique d'affrontements inspirés d'une guérilla urbaine. De plus, des mouvements de contestation sociale

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

ne sont pas à l'abri de dégénérer ponctuellement ou de manière plus durable. Des émeutes urbaines ou des manifestations répétées en autant d'actes constituent aussi l'expression d'une crise de l'autorité.

Parallèlement à ces poussées de violence, un sentiment diffus parcourt la société. Différent du recours à la force illégitime, il n'en est pas moins problématique. Il traduit une fracture ou un éloignement entre l'État et une partie de la population. Dès lors, ce qui incarne l'autorité est relativisé. Sa légitimité vacille, ce qui impose à l'État de la repenser. Les forces de l'ordre apparaissent alors comme étant l'une des causes du problème en même temps que la solution passerait par elles. La défiance envers l'autorité résulterait pour l'essentiel d'une rupture entre les activités de police et les usagers. Un manque de discernement et des abus divers (pratique des contrôles d'identité, usages de la force...) saperaient la confiance. Afin d'y remédier, les polices devraient évoluer. La formation, les doctrines d'emploi, ou l'encadrement, ne sont pas de simples pistes de travail. Les progrès en ces matières s'assimilent à de véritables obligations de résultat, notamment sous l'angle du rapprochement entre la police et la population, propice à une restauration de la confiance.

L'autorité se conçoit et s'exerce dans un réseau d'interactions. Du contenu de la loi à son exécution, chaque niveau la consolide ou la fragilise. Un exemple permet d'illustrer ce propos : la sanction pénale est souvent critiquée. Si certains dénoncent les excès du recours à l'incarcération, d'autres fustigent le laxisme supposé des juges. La solidité de la chaîne pénale suscite des interrogations.

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

En définitive, parmi les défis récurrents auxquels l'État est confronté, celui de l'autorité tient une place essentielle. Affaire de droit, affaire des droits, l'autorité mérite autre chose que des débats idéologiques ou stéréotypés. Ses objectifs, ses limites, et son exercice dépendent surtout de choix opérés dans une société démocratique.

<i>Directeur de publication :</i>	Colonel Dominique SCHOENHER
<i>Rédacteur en chef :</i>	G^{al} d'armée (2S) Marc WATIN-AUGOUARD
<i>Rédacteurs :</i>	G^{al} d'armée (2S) Marc WATIN-AUGOUARD Claudia GHICA-LEMARCHAND Xavier LATOUR Jérôme MILLET Charles RAVAUT
<i>Équipe éditoriale :</i>	Odile NETZER