

LA VEILLE JURIDIQUE

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

N° 110

Janvier 2023

EDITO

Cette première *Veille juridique* de l'année offre l'occasion à toute l'équipe de vous présenter des vœux empreints d'optimisme, en cette période sombre, marquée notamment par le conflit en Ukraine qui, jour après jour, se transforme en conflit mondial, même si les États qui soutiennent l'Ukraine ne sont pas en belligérance avec la Russie. Les enjeux de cette guerre relativisent les sujets qui mobilisent aujourd'hui l'opinion publique : l'inflation, le cours de l'énergie, le chantier des retraites sont sans aucun doute dignes d'intérêt, mais ils sont à plusieurs années-lumière de ce que pense le combattant ukrainien qui a froid dans sa tranchée ou de sa famille qui s'attend à chaque instant à recevoir un missile dans son logement. Nous sommes

(Suite page 2)

Edito

des « enfants gâtés » si nous nous comparons au reste du monde. C'est ainsi, mais nous avons aussi le devoir de porter un regard vers les autres et, à l'échelon de l'État, de soutenir une coopération internationale qui libère, émancipe les peuples aujourd'hui prisonniers de la dictature ou de la misère.

L'actualité juridique est marquée par la censure partielle de la Loi d'orientation du ministère de l'Intérieur (LOPMI) par le Conseil constitutionnel : certaines dispositions de l'enquête sous pseudonyme sont jugées non conformes à la Constitution, lorsque l'acquisition ou la transmission de contenus s'opère sans le contrôle du procureur de la République ou du juge d'instruction. Les Sages ont également considéré que certaines missions confiées aux assistants d'enquête (nouvelle fonction créée par la LOPMI) ne peuvent être conformes au principe de subordination de la police judiciaire à l'autorité judiciaire. Est ainsi non conforme à la Constitution la transcription des enregistrements issus des interceptions de correspondance ou techniques spéciales d'enquête qui ne garantit pas, dans les modalités prévues par la LOPMI, le contrôle par l'officier de police judiciaire, conformément à l'article 66 de la Constitution.

Nous ferons une analyse plus détaillée de cette décision du Conseil constitutionnel dans *La Veille juridique* de février.

Notre veille est un travail collectif, avec des contributions d'experts reconnus. Je remercie toute l'équipe, avec une mention particulière pour Xavier Latour, doyen de la Faculté de droit de Nice, qui est un fidèle soutien du CREOGN. Mais ses nombreuses qualités ont pour

Edito

conséquence que les sollicitations qui pèsent sur lui sont toujours croissantes, au point qu'il est obligé de cesser de tenir la rubrique relative au droit des collectivités territoriales. C'est une perte pour nous, mais nous savons aussi qu'il nous quitte pour mieux servir encore l'intérêt général. Merci Monsieur le Doyen Latour ! merci de nous soutenir encore et toujours. Merci à Monsieur Granger de prendre la relève !

Bonne lecture de *La veille juridique*.

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



SOMMAIRE



Déontologie et sécurité

Les orientations de la LOPMI relatives à la déontologie de la sécurité intérieure..... [5](#)

Droit de l'espace numérique

Projet de Loi JO 2024..... [16](#)
Cour de cassation, Chambre criminelle, (n° 22-81.393),
29 novembre 2022 [technique spéciale d'enquête, sonorisation d'un
domicile]..... [26](#)

Actualité pénale

Faute de mise en danger – Assemblée Plénière 20 juin 2023 –
Gestion de la crise sanitaire..... [30](#)
Aide à l'entrée irrégulière d'un étranger sur le territoire
français..... [37](#)

Police administrative

De quelques enseignements du contrôle de l'activité des services
de renseignement après la publication du rapport d'activité 2021
de la Commission nationale de contrôle des techniques
de renseignement..... [45](#)



Marc-Antoine GRANGER

Les orientations de la LOPMI relatives à la déontologie de la sécurité intérieure

La Loi d'orientation et de programmation du ministère de l'Intérieur (LOPMI) a été adoptée par le Parlement le 14 décembre 2022, avant d'être déférée au Conseil constitutionnel le 19 décembre par plus de soixante députés. Dans la soirée du 19 janvier 2023, le Conseil constitutionnel a fait connaître son verdict¹ : non-conformité partielle des dispositions contestées. *En sus* de la censure de deux cavaliers législatifs², certaines dispositions de deux articles de la loi ont été déclarées contraires à la Constitution. La quasi-totalité du texte pourra, dès lors, être promulguée par le chef de l'État. Pour l'heure, il s'agit de braquer le projecteur non sur la loi elle-même, mais sur les orientations, du reste dépourvues de valeur normative³, présentées dans le rapport qui lui est annexé. L'article 1^{er} de la LOPMI approuve précisément un rapport sur la modernisation du ministère de l'Intérieur qui constitue une feuille de route indiquant

1. Cons. const., décision n° 2022-846 DC du 19 janvier 2023, Loi d'orientation et de programmation du ministère de l'Intérieur.

2. Les cavaliers législatifs constituent des vices de procédure censurés d'office par le Conseil constitutionnel. Il s'agit des dispositions introduites en première lecture par voie d'amendement alors qu'elles sont dénuées de lien direct ou même indirect avec le texte de loi (projet ou proposition de loi) initialement déposé sur le bureau de l'Assemblée saisie. Pour quelques développements, voir GRANGER, Marc-Antoine. Fiches de contentieux constitutionnel. *Ellipses*, janvier 2023, p. 163.

3. Voir, par exemple, Cons. const., décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002, Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure, cons. 21.

Déontologie et sécurité

les principales perspectives d'évolution pour les cinq ans à venir (2023-2027). L'ambition du ministère est clairement affichée : « être à la hauteur des attentes des citoyens »⁴. Ce rapport est structuré autour de trois parties. La première partie fait écho aux dispositions du titre II de la LOPMI (« Dispositions relatives à la révolution numérique du ministère de l'Intérieur ») en ce qu'elle porte principalement sur la transformation numérique du ministre de l'Intérieur et l'innovation technologique.

Entre autres orientations, le rapport prévoit qu'à l'horizon 2030, « le policier et le gendarme de demain seront "augmentés" (...). L'objectif est d'intégrer les moyens de protection, d'action et d'interaction dans un ensemble cohérent, adapté à la morphologie du policier ou du gendarme et facilitant son engagement. La protection pourra être optimisée et assurée grâce à de nouvelles technologies (textiles intelligents capables de mieux résister et de thermoréguler, casque allégé, biocapteurs sur l'état physiologique). De même, les capacités pourront être "augmentées" grâce à un exosquelette ou répartiteur de charge, interconnecté avec les moyens numériques présents et à venir (moyens radio, NEO, PC Storm, caméra-piéton, etc.) et grâce à l'emport d'une capacité d'énergie. Enfin, les développements auront pour objectif l'amélioration de l'ergonomie et la simplification d'emploi des outils (commande vocale, alerte automatique via des capteurs) »⁵. Au cours des débats parlementaires, cette vision futuriste, mais non moins réaliste, des forces publiques de sécurité

4. Rapport sur la modernisation du ministère de l'Intérieur annexé à la LOPMI.

5. *Ibid.*, point 1.3.2.

Déontologie et sécurité

intérieure a suscité des réactions contrastées⁶. Pourtant, si le recours à l'innovation technologique dans le champ du droit de la sécurité et de la défense impose une vigilance éthique⁷, en l'espèce, les trajectoires rapportées ne remettent nullement en cause la place de l'Homme dans l'action policière. La deuxième partie du rapport a pour titre : « Plus de proximité, de transparence et d'exemplarité ». Les développements concernent des sujets divers, parfois sans lien direct avec l'intitulé susvisé, à l'instar de ceux relatifs aux « véhicules augmentés »⁸ ou au regroupement de l'ensemble des services centraux de la Direction générale de la sécurité intérieure (DGSI) sur un site unique⁹. L'une des mesures phares – la plus décriée aussi¹⁰ – a trait à la départementalisation de la police nationale *via* la généralisation des directions uniques de la police nationale,

6. À titre d'illustration, Mme la sénatrice Éliane Assassi considère que le texte propose une « *vision un peu fantasmée, celle d'une police hyper-équipée. C'est le label Robocop qui nous est présenté. Des exosquelettes et des policiers, des gendarmes et des pompiers "augmentés" ne feront pas de nos agents de police de meilleurs professionnels* » : ASSASSI, Éliane, in compte rendu intégral des débats du Sénat du 11 octobre 2022, JO 12 octobre 2022, p. 3634.

7. À ce sujet, peut être citée la création le 17 juillet 2019 d'un Comité d'éthique de la défense (Comedef) auprès des inspecteurs généraux des armées, « *compétent pour connaître des enjeux éthiques relatifs aux nouvelles technologies dans le domaine militaire, ainsi qu'à l'évolution du métier des armes* » : arrêté ARM/SGA/DAJ/D2P/BDOD du 17 juillet 2019 portant création du Comité d'éthique de la défense.

8. Rapport sur la modernisation du ministère de l'Intérieur précité, point 2.10.1.

9. *Ibid.*, point 2.11.

10. Voir, notamment, MARCHAL, Raphaël. Police : Les syndicats unanimes contre le projet de réforme. LCP, 4 janvier 2023, [en ligne]. Disponible sur : <https://lcp.fr/actualites/police-les-syndicats-unanimes-contre-le-projet-de-reforme-159227>

Déontologie et sécurité

appelées Directions départementales de la police nationale (DDPN), en vue de garantir « *une filière judiciaire plus efficace* »¹¹. La dernière partie du rapport est consacrée à la prévention des menaces et crises futures qui « *seront de plus en plus inattendues (cyberattaques, perte d'alimentation électrique, crises majeures simultanées) et hybrides* »¹². Elle énonce plusieurs « guidelines », soit, par exemple, le renforcement du rôle des préfets dans la gestion des crises¹³, la création de onze nouvelles unités de forces mobiles projetables dans un temps très court en cas d'affrontements violents¹⁴ et l'acquisition au profit des policiers de moyens innovants pour la surveillance des frontières¹⁵ (généralisation des drones de surveillance de dernière génération, caméras infra-rouges et thermiques, etc.). Cela étant dit, en resserrant la focale d'analyse, les évolutions relatives à la déontologie, qui nous intéressent ici, apparaissent en ordre dispersé au sein de ce rapport, même si la plupart d'entre elles figurent dans la deuxième partie. Outre un meilleur accompagnement des victimes¹⁶, la sanction plus sévère de certains faits commis par les policiers et gendarmes¹⁷, ainsi que la lutte contre le racisme,

11. Rapport sur la modernisation du ministère de l'Intérieur précité, point 2.3.2.

12. *Ibid.*, point 3.2.

13. *Ibid.*, point 3.2.4.

14. *Ibid.*, point 3.3.1.

15. *Ibid.*, point 3.4.

16. *Ibid.*, point 2.4.

17. Le rapport indique que « *les fonctionnaires de police et gendarmes condamnés définitivement à une peine d'emprisonnement pour des faits de violences intrafamiliales, des infractions à la législation sur les stupéfiants ou des faits de racisme ou de discrimination feront l'objet d'une exclusion définitive* » : rapport sur la modernisation du ministère de l'Intérieur précité, point 2.7.

Déontologie et sécurité

l'antisémitisme, la haine anti-LGBT et tout type de discrimination qui demeure une priorité du ministère de l'Intérieur¹⁸, les principales mesures auront pour objet de renforcer la formation relative à la déontologie (I), d'instituer un collège de déontologie auprès du ministre de l'Intérieur (II) et de conforter la légitimité des inspections générales de la police et de la gendarmerie nationales (III).

I. Renforcer la formation relative à la déontologie des policiers et des gendarmes nationaux

La déontologie¹⁹ occupe une place de tout premier rang dans le Code de la sécurité intérieure (CSI). L'article L. 141-1 renvoie à un décret en Conseil d'État le soin de préciser la déontologie des personnes exerçant des missions ou activités de sécurité, tandis que l'article L. 434-1 dispose qu'« *un code de déontologie commun à la police et à la gendarmerie nationales est établi par décret en Conseil d'État* ». Ce Code de déontologie figure aux dispositions des articles R. 434-1 à R. 434-33 du CSI. Il est complété par la Charte du

18. *Ibid.*, point 2.5.3. S'agissant de cette priorité, le rapport annexé à la LOPMI se borne à présenter un bref état de la situation présente, sans définir d'orientations précises. Tout au plus, le rapport précise-t-il qu'« *une attention particulière sera apportée aux recommandations du rapport de la mission de lutte contre les discriminations dans l'action des forces de sécurité intérieure, remis par M. Christian Vigouroux en juillet 2021, et à la mise en œuvre de ces recommandations* ».

19. La déontologie désigne « *l'énoncé et la mise en pratique des devoirs professionnels dans les situations concrètes du métier, en vue du bon exercice des fonctions* » : VIGOUROUX, Christian. *Déontologie des fonctions publiques*. Dalloz, coll. Référence, 2012, 2^e éd., p. 12-13.

Déontologie et sécurité

gendarme qui a été approuvée par le ministre de l'Intérieur après la promulgation de la loi du 3 août 2009 relative à la gendarmerie nationale²⁰. Dénuée de portée normative, cette Charte réaffirme « *le statut de force armée de la gendarmerie* » en même temps qu'elle « *traduit le socle commun de valeurs qui s'impose à chaque gendarme* »²¹. Toutefois, le constat est dressé depuis longtemps : au-delà des textes et des sanctions prononcées en cas de manquements aux règles et principes du Code de déontologie, il convient de promouvoir une culture déontologique. Protéger et rassurer²², voilà le défi. Or, la formation est le vecteur privilégié de l'appropriation par les forces publiques de sécurité intérieure des règles et principes applicables. Les auteurs du *Livre blanc de la sécurité intérieure* de 2020 recommandaient d'ailleurs « *de mettre résolument l'accent sur la déontologie dans les formations, initiales et continues, en l'articulant avec les valeurs qui fondent l'action des policiers et des gendarmes* »²³. Dans le prolongement de cette recommandation, le rapport sur la modernisation du ministère de l'Intérieur annexé à LOPMI prévoit de doubler le temps des formations des policiers et des gendarmes nationaux et de renforcer les modules consacrés à la déontologie. Le rapport mérite d'être cité *in extenso* : « *Pour l'exécution de leurs missions, les forces de sécurité sont détentrices de prérogatives de puissance publique qui peuvent impacter les libertés individuelles. C'est la raison pour*

20. Loi n° 2009-971 du 3 août 2009 relative à la gendarmerie nationale.

21. Préambule de la Charte du gendarme.

22. Expression empruntée à Jean Delumeau : *Rassurer et protéger, Le sentiment de sécurité dans l'Occident d'autrefois*. Fayard, Paris, 1989, p. 667.

23. Ministère de l'Intérieur, *Livre blanc de la sécurité intérieure* de 2020, p. 303.

Déontologie et sécurité

laquelle le Code de la déontologie de la police nationale et de la gendarmerie nationale rassemble, entre autres, les règles déontologiques que doivent observer les forces de sécurité dans l'exercice de leurs fonctions. Clé de voûte de l'équilibre démocratique dans l'exercice de leurs missions par les forces de sécurité, ces dernières sont tenues de maîtriser ce Code. Cela nécessite donc un renforcement des formations relatives à la déontologie mais aussi à l'éthique, dans le cadre tant des formations initiales que des formations continues »²⁴. En particulier, et dans le sillage des préconisations de la Cour des comptes relatives à la formation des policiers²⁵, le rapport envisage « d'intégrer des formations relatives à la déontologie et à l'éthique à partir de cas pratiques permettant de raisonner sur la déontologie "en actes" »²⁶. Le rapport n'élude pas la question des moyens, ces évolutions devant s'accompagner d'une mise à niveau de la capacité de formation du ministère, qu'il s'agisse des formateurs ou des outils de formation numériques avec le développement, par exemple, des modules à distance.

24. Rapport sur la modernisation du ministère de l'Intérieur précité, point 3.5.

25. S'agissant de la formation continue des policiers, la Cour des comptes a pu observer que les modules de déontologie étaient relativement délaissés, la DCRFPN évoquant « même une possible défiance des policiers vis-à-vis de ces formations ». Aussi, afin de renforcer l'attractivité de ces modules de formation, la Cour a-t-elle suggéré « l'inclusion de la déontologie dans des exercices pratiques plus intégrés, abordant à la fois les aspects techniques, mais également d'opportunité, de cadre juridique et de déontologie, au cours de mises en situation » : COUR DES COMPTES. *La formation des policiers*. Communication à la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale, février 2022, p. 89.

26. Rapport sur la modernisation du ministère de l'Intérieur précité, point 3.5.

Déontologie et sécurité

II. Instituer un collège de déontologie auprès du ministre de l'Intérieur

Selon le rapport annexé à la LOPMI²⁷, un collège de déontologie sera institué auprès du ministre de l'Intérieur sur le modèle des collèges de déontologie déjà existant auprès de certains ministères²⁸. Présidé par un membre du Conseil d'État, désigné sur proposition du vice-président du Conseil d'État, il comprendra quatre professionnels et trois personnalités extérieures qualifiées, dont un magistrat de l'ordre judiciaire et un universitaire. Cette composition ouverte sur l'extérieur doit être saluée en ce qu'elle participe assurément d'une logique de transparence. On voudra relever, qu'initialement, le rapport annexé au projet de loi prévoyait en termes laconiques la création d'un comité d'éthique, « *composé de personnalités qualifiées indiscutables* »²⁹.

Le collège aura pour mission de participer à l'adaptation et à l'actualisation du Code de déontologie, de conduire des réflexions sur l'éthique et la déontologie dans l'ensemble – cela mérite d'être souligné – des domaines de compétence du ministère de l'Intérieur, en formulant toute proposition de nature à en assurer la promotion,

²⁷. *Ibid.*, point 2.7.

²⁸. On pense, notamment, aux collèges de déontologie des ministères de la Culture (arrêté du 10 avril 2018 relatif à la création, à la composition et aux attributions du collège de déontologie du ministère de la Culture) et de l'Enseignement supérieur et de la recherche (arrêté du 1^{er} mars 2018 relatif au collège de déontologie au sein du ministère chargé de l'Enseignement supérieur et de la recherche).

²⁹. Paragraphe 174 du rapport annexé au projet de loi n° 876 d'orientation et de programmation du ministère de l'Intérieur, enregistré à la présidence du Sénat le 7 septembre 2022.

Déontologie et sécurité

ainsi que de rendre des avis et des recommandations sur des dossiers complexes. Dans l'exercice de ces attributions, le collège prendra en compte l'action des référents déontologiques placés auprès du secrétaire général, du chef de l'Inspection générale de l'administration (IGA), du directeur général de la sécurité intérieure et des directeurs généraux de la police et de la gendarmerie nationales.

Par-delà la lettre du rapport, et à la lecture des travaux parlementaires³⁰, l'activité de ce collège devrait donner lieu à la publication d'un rapport annuel.

III. Conforter la légitimité des inspections générales de la police et de la gendarmerie nationales

En réponse aux critiques dirigées contre l'Inspection générale de la police nationale (IGPN) et l'Inspection générale de la gendarmerie nationale (IGGN)³¹, l'objectif affiché par le rapport joint à la LOPMI est ambitieux : « *dissiper tout doute sur la légitimité du travail des inspections* »³². Voilà de quoi susciter les espoirs de ceux qui

30. Compte rendu intégral des débats de l'Assemblée nationale, séance du 18 novembre 2022, JO du 19 novembre 2022, p. 5703.

31. Analysées récemment par le Professeur Xavier Latour, ces critiques « se focalisent sur leur structuration et leur efficacité ». Sans doute faut-il garder à l'esprit que « l'IGPN et l'IGGN ne feront jamais l'unanimité. Elles œuvrent dans des domaines qui favorisent les réactions émotionnelles ou les partis pris » : LATOUR, Xavier. Quel avenir pour les inspections générales de la police et de la gendarmerie nationales ?. In *Annuaire du droit de la sécurité et de la défense 2022*, vol. 7, Mare & Martin, pp. 122 et 130.

32. Rapport sur la modernisation du ministère de l'Intérieur précité, point 2.7.

Déontologie et sécurité

attendent le « grand soir » des moyens de contrôles internes de la police et de la gendarmerie nationales. Il reste que ces espoirs seront rapidement déçus à la lecture des orientations du rapport, car aucune restructuration en profondeur n'est envisagée. Le ministère de l'Intérieur ne se séparera pas de ses services d'inspection. Par exemple, au cours de la discussion du projet de LOPMI à l'Assemblée nationale, les amendements parlementaires tendant à confier au Défenseur des droits le contrôle actuellement assuré par l'IGPN et l'IGGN ont tous été écartés³³. Après tout, et comme le relève la mission Vigouroux-Roussel, « *il ne serait pas justifié que seules les inspections de la police et de la gendarmerie soient rattachées à une autorité indépendante, alors que, conformément à la tradition juridique nationale, l'ensemble des inspections administratives sont rattachées au ministre dont relèvent les agents concernés* »³⁴. Le rattachement organique de l'IGPN à la Direction générale de la police nationale (DGPN) et de l'IGGN à la Direction générale de la gendarmerie nationale (DGGN) sera également maintenu, alors même que la commission d'enquête relative à l'état des lieux, la déontologie, les pratiques et les

33. Voir, notamment, l'amendement n° 755 présenté par Mme Faucillon, Mme K/ Bidi, M. Rimane, Mme Bourouaha, M. Brotherson, M. Castor, M. Chailloux, M. Chassaingne, M. Dharréville, M. Jumel, M. Le Gayic, Mme Lebon, M. Lecoq, M. Maillot, M. Monnet, M. Nadeau, M. Peu, M. Roussel, M. Sansu, M. Tellier, M. William et M. Wulfranc, déposé en séance publique à l'Assemblée nationale le 9 novembre 2022.

34. VIGOUROUX, Christian, ROUSSEL, Florian. *La lutte contre les discriminations dans l'action des forces de sécurité*. Rapport remis à MM. les ministres Gérard Darmanin et Dupond-Moretti au mois de juillet 2021, p. 143.

Déontologie et sécurité

doctrines de maintien de l'ordre, recommandait sa suppression³⁵. Finalement, le projet se résume à conserver l'existant en l'améliorant. D'abord, les plateformes de signalements gérées par l'IGPN et l'IGGN seront modernisées afin de favoriser les signalements, notamment en temps réel à partir des terminaux mobiles de communications (smartphones et tablettes). Ensuite, le rapport annonce une amélioration du suivi des signalements réalisés auprès des inspections générales, et des sanctions prononcées. Enfin, dans le prolongement du rapport Vigouroux-Roussel³⁶, le recours à la pratique des missions conjointes devrait être conforté. C'est dire que l'IGA sera cosaisie plus fréquemment dans le cadre de l'inspection des forces afin d'apporter une expertise complémentaire.

*

Au total, sur le plan de la déontologie, la contribution du rapport de modernisation sur le ministère de l'Intérieur de la LOPMI se révèle modeste. Salutaires, les perspectives d'évolution à venir suffiront-elles à renforcer le capital confiance des deux principales forces publiques de sécurité intérieure ? Le doute est permis, mais en cette période des souhaits, soyons optimistes.

35. Rapport n° 3786 fait par MM. Jean-Michel Fauvergue et Jérôme Lambert au nom de la commission d'enquête relative à l'état des lieux, la déontologie, les pratiques et les doctrines de maintien de l'ordre, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 20 janvier 2021, p. 102.

36. VIGOUROUX, Christian, ROUSSEL Florian, *op. cit.* note 34, p. 144-145.

Droit de l'espace numérique

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

PROJET DE LOI JO 2024

Le projet de loi a été adopté en première lecture par le Sénat, le 31 janvier 2023. Il est probable que le travail parlementaire l'enrichisse. D'ores et déjà peuvent être mises en avant deux dispositions qui intéressent le droit du numérique. La première est une mise aux normes de notre droit de la vidéoprotection au regard des textes européens. La seconde, plus novatrice, concerne le recours à l'intelligence artificielle (IA) pour l'exploitation en temps réel des images issues de la vidéoprotection et des caméras embarquées sur aéronef. Le sujet est plus sensible, compte tenu du potentiel de l'IA et du risque d'atteinte à la vie privée. La crainte d'une surveillance généralisée « à la chinoise » sera sans doute évoquée, même si la loi est d'application temporaire, en attendant la réglementation européenne en cours d'examen. Dans ce domaine, l'équilibre sécurité-liberté devra être trouvé par les parlementaires au risque de voir le Conseil constitutionnel censurer des dispositions jugées trop intrusives. Tout reposera dans la nécessité, la finalité, la proportionnalité d'un dispositif qui devra concilier deux exigences constitutionnelles : d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figure le droit au respect de la vie privée.

Droit de l'espace numérique

I. Un corpus unique pour la vidéoprotection

Le projet de loi modifie les dispositions relatives à la vidéoprotection afin de les mettre en conformité avec le droit de l'Union européenne. En effet, le régime actuel est fixé par les articles 10 et s. de la Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité (LOPS), codifiés aux articles L. 251-1 et s. du Code de la sécurité intérieure (CSI). La loi, dans sa rédaction actuelle, institue un régime dual : lorsque les enregistrements de vidéoprotection sont utilisés « *dans des traitements automatisés ou contenus dans des fichiers structurés selon des critères permettant d'identifier, directement ou indirectement, des personnes physiques* », ils sont soumis à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée, dite Loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (LIL). À l'inverse, lorsque ces enregistrements ne sont pas utilisés ou contenus dans de tels traitements, ils sont uniquement soumis aux dispositions du CSI.

Législation en vigueur

Article L. 251-1 du Code de la sécurité intérieure

« Les enregistrements visuels de vidéoprotection répondant aux conditions fixées aux articles [L. 251-2](#) et [L. 251-3](#) sont soumis aux dispositions du présent titre, à l'exclusion de ceux qui sont utilisés dans des traitements automatisés ou contenus dans des fichiers structurés selon des critères permettant d'identifier, directement ou indirectement, des personnes physiques, qui sont soumis à la [loi](#)

Droit de l'espace numérique

[n° 78-17 du 6 janvier 1978](#) relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. »

Article L. 251-2 du Code de la sécurité intérieure

« La transmission et l'enregistrement d'images prises sur la voie publique par le moyen de la vidéoprotection peuvent être mis en œuvre par les autorités publiques compétentes aux fins d'assurer :

1° La protection des bâtiments et installations publics et de leurs abords ;

2° La sauvegarde des installations utiles à la défense nationale ;

3° La régulation des flux de transport ;

4° La constatation des infractions aux règles de la circulation ;

5° La prévention des atteintes à la sécurité des personnes et des biens dans des lieux particulièrement exposés à des risques d'agression, de vol ou de trafic de stupéfiants ainsi que la prévention, dans des zones particulièrement exposées à ces infractions, des fraudes douanières prévues par le [dernier alinéa de l'article 414 du code des douanes](#) et des délits prévus à [l'article 415](#) du même code portant sur des fonds provenant de ces mêmes infractions ;

6° La prévention d'actes de terrorisme, dans les conditions prévues au chapitre III du titre II du présent livre ;

7° La prévention des risques naturels ou technologiques ;

8° Le secours aux personnes et la défense contre l'incendie ;

9° La sécurité des installations accueillant du public dans les parcs d'attraction ;

10° Le respect de l'obligation d'être couvert, pour faire circuler un véhicule terrestre à moteur, par une assurance garantissant la

Droit de l'espace numérique

responsabilité civile ;

11° La prévention et la constatation des infractions relatives à l'abandon d'ordures, de déchets, de matériaux ou d'autres objets.

Il peut être également procédé à ces opérations dans des lieux et établissements ouverts au public aux fins d'y assurer la sécurité des personnes et des biens lorsque ces lieux et établissements sont particulièrement exposés à des risques d'agression ou de vol.

Après information du maire de la commune concernée et autorisation des autorités publiques compétentes, des commerçants peuvent mettre en œuvre sur la voie publique un système de vidéoprotection aux fins d'assurer la protection des abords immédiats de leurs bâtiments et installations, dans les lieux particulièrement exposés à des risques d'agression ou de vol. Les conditions de mise en œuvre et le type de bâtiments et installations concernés sont définis par décret en Conseil d'Etat. »

Mais, depuis 1995, le cadre européen relatif à la protection des données à caractère personnel a évolué. Sont entrés en vigueur le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel (RGPD) et la directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 (dite « police-justice »). Cette dernière est relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données.

Droit de l'espace numérique

Les images issues de dispositifs de vidéoprotection sont bien des données à caractère personnel, selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Celle-ci a précisé, dans son arrêt C-212/13 du 11 décembre 2014, que « *l'image d'une personne enregistrée par une caméra constitue une donnée à caractère personnel dans la mesure où elle permet d'identifier la personne concernée* ». Selon la Cour, une surveillance effectuée par un enregistrement vidéo des personnes, stocké dans un dispositif d'enregistrement continu, à savoir le disque dur, constitue un traitement de données à caractère personnel automatisé.

Les traitements ayant pour objet la sécurité publique ou les activités de l'État relatives au droit pénal ne sont plus exclus du champ d'application du droit européen, ces nouveaux textes sont applicables à la vidéoprotection. Le projet de loi fait ainsi le choix de supprimer celles des dispositions du Code de la sécurité intérieure relatives à la vidéoprotection qui sont contraires au droit des données personnelles.

S'agissant du droit pénal, le projet modifie l'article L. 254-1 du CSI qui ne concernerait désormais que l'infraction relative à l'entrave de l'action de la commission départementale de la vidéoprotection, toutes les autres infractions étant prévues et réprimées par les dispositions de droit commun du Code pénal (articles 226-16 à 226-24) issues de la Loi relative aux fichiers, à l'informatique et aux libertés (LIL), ce qui est conforme à la volonté de créer un bloc législatif unitaire encadrant la vidéoprotection.

Droit de l'espace numérique

Article L. 254-1 du CSI

« Le fait d'installer un système de vidéoprotection ou de le maintenir sans autorisation, de procéder à des enregistrements de vidéoprotection sans autorisation, de ne pas les détruire dans le délai prévu, de les falsifier, d'entraver l'action de la commission départementale de vidéoprotection ou de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, de faire accéder des personnes non habilitées aux images ou d'utiliser ces images à d'autres fins que celles pour lesquelles elles sont autorisées est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, sans préjudice des dispositions des articles [226-1](#) du code pénal et [L. 1121-1](#), [L. 1221-9](#), [L. 1222-4](#) et [L. 2323-47](#) du code du travail.

« Art. L. 254-1. (nouveau) – Le fait d'entraver l'action de la commission départementale de vidéoprotection est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. »

II. Utilisation de traitements algorithmiques sur les images captées par des dispositifs de vidéoprotection ou des aéronefs afin de détecter et signaler en temps réel des évènements prédéterminés susceptibles de menacer la sécurité des personnes

Aujourd'hui, la captation d'images par l'autorité publique, sur la voie publique, relève de deux dispositifs différents :

– la vidéoprotection, dont le régime juridique devrait être unifié par le projet de loi (voir *supra*) ;

Droit de l'espace numérique

– les caméras mobiles (caméras portées par les policiers et gendarmes, caméras installées sur des aéronefs et caméras embarquées) font l'objet d'un encadrement légal et réglementaire, précisé par la loi n° 2022-52 du 24 janvier 2022 relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure et codifié aux articles L. 241-1 et suivants du CSI.

Le projet de loi envisage de créer un cadre juridique permettant la mise en œuvre, à titre expérimental, de traitements algorithmiques pour analyser, au moyen de dispositifs techniques spécifiques, les données captées en temps réel (et non en temps différé), grâce aux dispositifs de vidéoprotection et de caméras installées sur des aéronefs situés dans les lieux accueillant les manifestations et à leurs abords ainsi que dans les moyens de transport et sur les voies les desservant. Sont donc exclues les autres caméras mobiles (notamment celles portées). Ces sont, bien sûr, les Jeux olympiques et paralympiques de 2024 qui sont visés, mais d'autres manifestations, culturelles ou récréatives notamment (marchés de Noël, concerts...), pourront également être sécurisées.

Une loi temporaire

L'article 37-1 de la Constitution autorise la loi à comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental. Dans sa décision n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, le Conseil constitutionnel a précisé les garanties légales devant entourer un projet législatif à caractère expérimental. Il incombe au législateur de « *définir précisément la nature et la portée de ces*

Droit de l'espace numérique

expérimentations, les cas dans lesquels celles-ci peuvent être entreprises, les conditions et les procédures selon lesquelles elles doivent faire l'objet d'une évaluation conduisant à leur maintien, à leur modification, à leur généralisation ou à leur abandon ».

La loi prévoit une application qui débutera avec la promulgation de la loi et s'achèvera le 30 juin 2025. Cette période dépasse la date de fin des Jeux olympiques et paralympiques, afin de permettre de tirer tous les enseignements de l'expérimentation. Le projet de loi a une durée limitée dans le temps, car il sera sans doute remplacé par les dispositions futures du règlement européen sur l'IA. Celui-ci, rendu public par la Commission le 21 avril 2021, et porté par la France (Présidence française du Conseil de l'Union européenne), puis par la Tchéquie, devrait être prochainement examiné par le Parlement européen.

Une loi nécessaire

La loi est nécessaire, car le droit positif ne peut couvrir l'application d'algorithmes à des images issues de caméras. Certes, une telle application relève du règlement général (UE) 2016/679 sur la protection des données (RGPD) et de la directive (UE) 2016/680 (« Police-Justice ») puisque les images captées ou nécessaires à l'entraînement de l'IA sont des données à caractère personnel. Mais ces images font l'objet d'un traitement distinct de celui correspondant à la collecte des images par les caméras ou appareils embarqués.

Droit de l'espace numérique

L'objectif poursuivi et les limites

Les traitements seront mis en œuvre pour une unique finalité, assurer la sécurité de manifestations sportives, récréatives ou culturelles, qui, par leur ampleur ou leurs circonstances, sont particulièrement exposées à des risques d'actes de terrorisme ou d'atteinte grave à la sécurité des personnes.

L'objectif du recours en temps réel à l'IA est de prévenir tout risque, qu'il s'agisse de la détection d'un objet ou d'un colis abandonné à proximité des infrastructures accueillant cette manifestation sportive ou dans les moyens de transport les desservant, ou de comportements « anormaux », notamment dans une foule compacte.

L'autorisation relative à une manifestation sera délivrée par décision écrite et motivée du préfet de département, ou, à Paris, du préfet de police, sur demande du service compétent (police ou gendarmerie, service d'incendie et de secours, police municipale, service interne de sécurité de la SNCF ou de la RATP), accompagnée si besoin est de l'analyse d'impact adressée à la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), relative à la protection des données personnelles actualisée au regard des circonstances locales justifiant la mise en œuvre du traitement.

Le nombre d'images recueillies ne peut être traité en temps réel par une seule ressource humaine, même si celle-ci doit demeurer au centre de toute décision, l'IA n'ayant jamais supplanté l'intelligence des individus. Il appartient donc aux services bénéficiaires de

Droit de l'espace numérique

procéder à l'analyse finale et de prendre la responsabilité des mesures qui s'imposent. D'ailleurs, le RGPD (art. 22) et la LIL (art. 47) interdisent la prise de décisions produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ou l'affectant de manière significative sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données à caractère personnel. Les traitements concernés ne pourront, par eux-mêmes, fonder ni décision individuelle ni acte de poursuite.

Dans son étude *Intelligence artificielle et action publique : construire la confiance, servir la performance* (31 mars 2022), le Conseil d'État considère que « l'analyse automatisée d'images captées dans l'espace public par des dispositifs fixes ou embarqués permettant la détection de situations anormales, d'infractions ou de menaces, sans même qu'il soit procédé à l'identification des personnes physiques » peut être une illustration des « systèmes d'intelligence artificielle » les plus intrusifs ou coercitifs qui pourront nécessiter un assentiment exprès du législateur et la fixation de garanties spécifiques ».

Il en est ainsi de l'exclusion du recours aux données biométriques et de tout recours à des dispositifs d'identification biométrique ou de reconnaissance faciale.

La loi concerne les traitements des images qui sont réalisées en temps réel en vue d'une intervention immédiate ou de l'enclenchement d'une procédure administrative. Elle ne porte pas sur les traitements prévus dans le cadre de la police judiciaire ou des pouvoirs généraux d'enquête des magistrats, encadrés par le Code de procédure pénale.

JURISPRUDENCE JUDICIAIRE

**Cour de cassation, Chambre criminelle, (n° 22-81.393),
29 novembre 2022**

Il ne résulte d'aucun texte qu'un même domicile ne puisse faire l'objet de plusieurs mesures de sonorisation à l'occasion de procédures distinctes, sauf à ce que le recours à un stratagème soit établi.

Cette décision de la Cour de cassation intervient à propos de la mise en œuvre d'une technique spéciale d'enquête, la sonorisation d'un appartement, prévue par l'article 706-96 du Code de procédure pénale, dans le cas d'investigations pour des infractions relevant de la criminalité organisée. La pluralité d'appartements concernés, la diversité des informations ouvertes, l'interruption de la sonorisation et le dessaisissement de la police au profit de la gendarmerie rendent les faits complexes et expliquent que la demanderesse ait voulu exploiter cette situation pour contester un refus d'annulation des sonorisations prononcé par un arrêt de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence.

I. Les procédures

Dans le cadre d'une première information relative à des infractions concernant la législation sur les armes, une première mesure de sonorisation est prise, entre le 3 juin 2016 et le 6 juin 2017, dans un appartement appartenant à M. X et à Mme J.

Droit de l'espace numérique

À l'issue de la sonorisation, le dispositif ne peut être retiré, compte tenu de la pose d'une serrure de sécurité. Il est donc désactivé.

Cet équipement va être à nouveau activé, à compter du 3 décembre 2018, dans le même appartement, dans le cadre d'une deuxième information judiciaire pour tentative d'assassinat. Cette sonorisation débouche sur une troisième information pour blanchiment de crime ou délit commis en bande organisée, non-justification de ressources et association de malfaiteurs. Elle concerne toujours le même appartement.

Mais le juge d'instruction fait également procéder à la sonorisation d'un autre appartement de Mme J. qui va porter sur la période allant du 7 octobre 2019 au 6 octobre 2020. À cette date, la juge d'instruction dessaisit la police nationale au profit de la gendarmerie nationale qui va reprendre la sonorisation à son compte.

Mme J. est mise en examen le 16 janvier 2021 des chefs de blanchiment en bande organisée de crimes ou de délits et notamment d'extorsion en bande organisée, fraude fiscale, trafic de stupéfiants, ainsi que des chefs de non-justification de ressources et association de malfaiteurs. Le 4 juin 2021, son avocat dépose une requête en annulation, notamment de la mesure de sonorisation de ses appartements.

II. Les moyens de la demanderesse

Pour la défense, un même domicile ne peut faire l'objet, même pour trois procédures distinctes, de mesures de sonorisation successives dont la durée excède les deux ans prévus par la loi. Il convient de tenir compte de la période pendant laquelle le dispositif est resté

Droit de l'espace numérique

dans l'appartement, y compris lorsqu'il n'était pas activé. La chambre de l'instruction aurait dû statuer sur le fait que le recours, pendant plus quatre ans, à des mesures de sonorisation, dans le même appartement, à l'encontre des mêmes personnes, dans le cadre d'informations judiciaires ouvertes au cabinet du même juge d'instruction et dans lesquelles le même service de police était rogatoirement saisi, ne constituait pas une ingérence disproportionnée dans le droit au respect de la vie privée. La chambre de l'instruction a par ailleurs violé les articles 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et 593 du Code de procédure pénale en ne répondant pas à la question de savoir si le maintien sans droit puis la réactivation du dispositif de sonorisation avait porté gravement atteinte à son droit au respect de la vie privée, dès lors que les enquêteurs pouvaient, pendant plus de dix-huit mois, activer ce dispositif à distance de façon arbitraire et en dehors de tout contrôle judiciaire.

III. La réponse de la Cour de cassation

La sonorisation, technique spéciale d'enquête prévue par l'article 706-96 du Code de procédure pénale ne peut être ordonnée que pour les seules nécessités de l'enquête ou de l'information judiciaire relatives à une infraction d'une particulière gravité et complexité, de sorte qu'elle est une mesure nécessaire à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales. Elle ne peut être mise en œuvre que sur autorisation écrite et motivée d'un juge justifiant de la nécessité des opérations, par référence aux éléments de fait et de droit, issus de chaque procédure dans le cadre de laquelle cette

Droit de l'espace numérique

mesure est ordonnée.

La date de retrait du dispositif de sonorisation ne constitue qu'une modalité de sa mise en œuvre ; aucune captation, fixation, transmission et enregistrement de paroles ou images ne saurait avoir lieu après expiration de ce délai. Il n'y a pas d'atteinte à la vie privée en raison du seul maintien dans les lieux d'un dispositif technique, dont l'accès est devenu impossible, le dispositif de captation ayant été désactivé et le matériel de réception des conversations retiré dès la fin des opérations autorisées par le juge d'instruction, ce dispositif devenant dès lors inutilisable par les enquêteurs. Le grief, qui ne critique pas la régularité de chacune des sonorisations ordonnées, doit en conséquence être écarté.

Actualité pénale

Claudia GHICA-LEMARCHAND

**FAUTE DE MISE EN DANGER – ASSEMBLÉE
PLÉNIÈRE 20 JUIN 2023 – GESTION DE LA CRISE
SANITAIRE**

Plusieurs plaintes émanant de médecins, de syndicats et de particuliers visent des membres du Gouvernement (Premier ministre, deux ministres de la Santé successifs) pour la gestion de la crise liée à la pandémie. La commission d'instruction de la Cour de Justice de la République, compétente en raison de leur qualité gouvernementales, retient à leur encontre le chef d'abstention volontaire de combattre un sinistre, en application de l'article 223-7 du Code pénal (c. pén.). L'ancienne ministre de la Justice, Madame Agnès Buzyn, est mise en examen du chef de mise en danger d'autrui, qualification qu'elle conteste au moyen d'un pourvoi.

L'article 223-1 c. pén. punit le délit de risques causés à autrui défini comme le fait « *d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement* ». Introduit par le Nouveau Code pénal (NCP) en 1992, ce nouveau délit marque un changement de philosophie important en droit pénal. D'un droit essentiellement répressif, reposant sur la prise en compte du résultat causé par l'infraction, le droit pénal se tourne vers la prévention pour empêcher la réalisation du dommage. Ainsi, il permet de prendre en compte le simple risque, sans aucune considération pour sa réalisation ou ses

Actualité pénale

conséquences concrètes, sous la forme du délit de risques causés à autrui. L'article 223-1, contenant la définition du délit, ne peut être lu sans sa référence à l'article 121-3. Cette articulation est parfaitement visible dans la coordination et les intitulés choisis, puisque le délit de risques causés à autrui est la première section du chapitre consacré à « *la mise en danger de la personne* », permettant de le relier à la partie de droit pénal général et, plus particulièrement, à l'article 121-3.

L'article 121-3, essentiellement consacré à l'élément moral, pose le principe selon lequel « *il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* ». Cependant, les alinéas suivants permettent les exceptions qui sont doublement limitées. D'une part, elles sont exclusivement autorisées en matière délictuelle. D'autre part, elles doivent être expressément prévues par la loi. L'article lui-même fixe le cadre des exceptions et la plus notable figure dès l'alinéa 2. Ce dernier vise la mise en danger délibérée d'autrui, faute exigée dans le cadre du délit de risques causés à autrui défini à l'article 223-1. L'introduction de ce délit a été saluée lors de l'adoption du NCP, car elle démontrait une volonté de prévention par la prise en compte du risque sans réalisation de dommage, permettant ainsi d'en empêcher sa survenance.

Le délit de risques causés à autrui repose sur une faute délibérée conjuguée à un comportement particulier inspiré par la faute caractérisée, ce qui appelle trois remarques.

D'une part, la faute de mise en danger, clairement inspirée par une philosophie répressive en 1992 par l'anticipation du risque et de sa répression, a été considérablement modifiée par la loi du 10 juillet

Actualité pénale

2000. Cette dernière a modifié la qualification des fautes non intentionnelles contenues à l'article 121-3. Dans un but évident de dépénalisation, elle a choisi d'exiger une faute qualifiée lorsque le dommage en est la conséquence indirecte, selon son alinéa 4. Ainsi, la faute simple suffit lorsque le dommage en est directement causé. En revanche, une faute qualifiée est exigée lorsque le dommage en est indirectement résulté. Ainsi, la hiérarchie de gravité de la faute repose sur la nature du lien de causalité. L'exposé des motifs, ainsi que les travaux parlementaires illustrent la volonté de dépénalisation du législateur qui cherchait à faire échapper à la responsabilité pénale les auteurs indirects des « *poussières de faute* ». En cas de causalité indirecte, seules deux fautes permettent la qualification pénale – la faute délibérée et la faute caractérisée. Il est intéressant de constater que le délit de risques causés à autrui conjugue la double dimension de ces fautes dans sa définition.

D'autre part, le comportement expose autrui à « *un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente* », se rapprochant de la définition de la faute caractérisée figurant à l'article 121-3, al. 4 *in fine*. Le risque est apprécié en raison de la gravité des éventuelles conséquences, puisqu'il convient de se placer en son amont, mais aussi en fonction de son degré de probabilité élevé. Mais si la définition légale de l'incrimination semble commencer par ce premier point, les juges en extraient sa véritable spécificité qui réside en sa dimension de faute délibérée.

Enfin, la mise en danger repose nécessairement sur « *la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement* ». La formule retenue

Actualité pénale

par l'article 223-1 est strictement identique à celle contenue dans l'article 121-3, al. 4. Se composant d'un élément psychologique et d'un élément matériel, elle contient une difficulté inhérente d'analyse qui résulte de l'apparente contradiction entre son appellation et sa classification. En effet, la faute délibérée semble s'inspirer de la volonté, les deux termes étant indiqués comme synonymes. Pourtant, elle appartient à la catégorie des fautes non intentionnelles, choix exprimé clairement par le législateur qui la définit dans le cadre de l'alinéa 4, consacré aux fautes non intentionnelles qualifiées, qui font exception au principe de l'intention. Cette première difficulté est résolue par la jurisprudence qui considère que la faute délibérée désigne la volonté de violer l'obligation, mais nullement celle d'obtenir le dommage. Ainsi, la faute reste non intentionnelle par rapport à la survenance du dommage, même s'il y a une volonté du comportement. L'élément psychologique caractéristique de la faute est non intentionnel, apprécié par rapport au dommage, nonobstant sa dimension délibérée, mais il suppose la connaissance et la conscience de l'existence de l'obligation.

L'élément matériel de la faute délibérée reçoit une définition étroite, pour ne pas dire restrictive, puisqu'il exige la violation d'une obligation particulière prévue par la loi ou le règlement, portant une double exigence.

En premier lieu, l'obligation doit nécessairement avoir une source, la loi ou le règlement. L'emploi du singulier a comme conséquence de limiter les sources textuelles à la loi et au règlement au sens administratif du terme, en application des articles 34 et 37. En revanche, le texte ne doit pas nécessairement avoir un caractère

Actualité pénale

pénal, donc il peut être à l'extérieur du Code pénal ou du champ d'application identifié du droit pénal.

Ensuite, l'obligation violée doit avoir un « *caractère particulier* ». Si cela exclut nécessairement l'obligation à caractère général, la formule ne donne pas d'informations sur son contenu. La jurisprudence l'entend comme une obligation précise imposant un mode de conduite circonstanciée, ce qui n'est pas une exigence de forme, mais plutôt une exigence de fond. La Cour de cassation a eu l'occasion d'en préciser les contours et les caractéristiques, au fur et à mesure des affaires soumises, sans proposer une véritable définition de principe. L'arrêt rendu par l'Assemblée Plénière en 2023 permet de faire le point et de proposer les critères permettant de l'identifier.

La commission d'instruction s'est fondée sur plusieurs textes du Code de la santé publique, du Code de la défense et sur un décret pour retenir la violation délibérée d'une obligation particulière. Sans revenir sur les autres éléments constitutifs de la faute délibérée, l'Assemblée Plénière propose une définition générale de l'obligation particulière la supportant et l'applique ensuite aux différents textes retenus, tout en s'inspirant de la définition de la faute délibérée.

En premier lieu, la Cour de cassation se penche sur les sources de l'obligation particulière et examine autant celles de nature légale que réglementaire. Plusieurs articles du Code de la santé publique, un article du Code de la défense et un décret étaient expressément visés dans la mise en examen. Tous les textes remplissent la condition de la définition constitutionnelle de la source, car les

Actualité pénale

obligations émanent ainsi soit de la loi, soit du règlement, conformément à la définition conjointe des articles 223-1 et 121-3 du Code pénal, en référence aux articles 34 et 37 de la Constitution. De surcroît, même s'ils ne sont pas porteurs de sanctions pénales, cela ne les empêche pas d'être le fondement de l'obligation violée qui n'est pas nécessairement de nature pénale ou prévue par le droit pénal.

Néanmoins, si la condition de la légalité des sources de l'obligation est remplie, encore faut-il qu'elle ait un caractère particulier. L'examen des différents textes permet à la Cour de cassation de les écarter l'un après l'autre. L'article L. 1110-1 du Code de la santé publique se borne à fixer, pour l'ensemble des intervenants du système de santé, un simple objectif de mise en oeuvre du droit à la protection de la santé. L'article L. 1413-4 du même Code prévoit, en termes généraux, que l'agence nationale de santé publique procède, à la demande du ministre chargé de la santé, à diverses opérations comme l'acquisition, le stockage et la distribution de produits et services nécessaires à la protection de la population face aux menaces sanitaires graves. L'article L. 3131-1 du Code de la santé publique, dans sa version applicable aux faits objet de la mise en examen, ne fait qu'ouvrir au ministre chargé de la santé la possibilité, en cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, de prescrire toute mesure proportionnée aux risques encourus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu. L'article L. 1141-1 du Code de la défense se borne à confier à chaque ministre la responsabilité de la préparation et de l'exécution des mesures de défense dans le département dont il a la charge. Ainsi, l'article L. 1142-8 du même Code attribue au ministre chargé de la

Actualité pénale

santé la responsabilité de l'organisation et de la préparation du système de santé, de la prévention des menaces sanitaires graves et de la protection de la population contre ces dernières. Le décret du 24 mai 2017 relatif aux attributions du ministre des Solidarités et de la Santé, qui dispose que ce dernier « *est responsable de l'organisation de la prévention et des soins* », et lui confie la charge d'élaborer, avec les autres ministres compétents, les règles relatives à la politique de la santé contre les divers risques susceptibles de l'affecter, n'a d'autre objet que de déterminer le champ de ses compétences.

Il est intéressant de remarquer que l'analyse de la Cour de cassation permet de relever que les obligations violées ont un caractère général incompatible avec la définition légale de la faute de mise en danger. L'emploi des termes « *généraux* », « *se borne à* », « *politique* », renforce cette lecture. Mais ce n'est pas la conclusion formelle de la Cour. Elle précède sa démonstration d'une définition de l'obligation particulière qu'elle n'avait pas proposée dans d'autres décisions. Au-delà du caractère médiatique ou politique de la décision, l'arrêt a une grande importance de ce point de vue. La mise en danger d'autrui repose nécessairement sur la violation d'une obligation particulière de prudence de sécurité, selon sa définition légale, qui doit être comprise comme « *une obligation de prudence ou de sécurité objective, immédiatement perceptible et clairement applicable sans faculté d'appréciation personnelle du sujet* ». L'Assemblée Plénière introduit ainsi plusieurs critères d'appréciation qui semblent s'inspirer de règles ou principes différents, même s'ils sont susceptibles de se croiser ou de se recouper. Les fondements utilisés par la commission d'instruction ne

Actualité pénale

semblent pas remplir ces conditions, ce qui conduit à la cassation de la mise en examen sur le fondement de la mise en danger d'autrui. Outre la critique juridique sévère indirectement adressée par l'Assemblée Plénière à cette institution, elle fait œuvre créatrice et utile en proposant cette clarification à propos de la faute délibérée. L'affaire n'en est pas terminée pour autant, puisque l'instruction continue sur le fondement de l'abstention volontaire de mettre fin à un sinistre.

AIDE À L'ENTRÉE IRRÉGULIÈRE D'UN ÉTRANGER SUR LE TERRITOIRE FRANÇAIS

Crim. 25 janvier 2023, n° 21-86.839

Une personne au volant de son véhicule fait l'objet d'un contrôle de la part des fonctionnaires de la police aux frontières alors qu'elle venait de traverser la frontière italienne. Elle avait pour passer une personne de nationalité éthiopienne dépourvue de documents lui permettant d'entrer et de séjourner en France. Le conducteur reconnaît l'avoir prise en charge en Italie pour la conduire à une gare en France. Il est poursuivi pour aide à l'entrée illégale d'un étranger sur le territoire. Relaxé par le tribunal correctionnel, il est condamné en appel. Il forme un pourvoi en cassation.

Il conteste le rejet de l'exception de nullité du contrôle d'identité effectué. La Cour de cassation rejette le moyen en considérant que les policiers ont régulièrement justifié leur décision en ayant observé une personne couchée dans la voiture qui se dissimulait, ce qui les laissait penser à la commission d'une infraction.

Actualité pénale

Le moyen contestant sa responsabilité du chef d'aide à l'entrée irrégulière d'un étranger sur le territoire est plus intéressant. Le pourvoi fait valoir la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) qui exclut la répression de ces actes lorsqu'ils sont motivés par une fin humanitaire, dans la mesure où ils ne créent pas une situation susceptible d'être pénalement punie. En excluant l'immunité pour les actes d'entrée, alors qu'il s'agit de franchissement de frontières intérieures de l'espace Schengen, et en la réservant à l'aide au séjour, les juges ont violé le principe de non-discrimination et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'état du droit en la matière manquant de précision, la Cour de cassation devrait saisir la CJUE par voie de question préjudicielle.

La Chambre criminelle refuse de saisir la CJUE par voie de question préjudicielle puisque « *l'interprétation des règles communautaires s'impose avec une évidence qui ne laisse place à un doute raisonnable* ». Mais son arrêt permet de rappeler et de tirer des enseignements importants, dans un domaine polémique où la loi a été modifiée à la suite d'interventions de la CJUE et du Conseil constitutionnel.

Les infractions d'aide à l'entrée, au séjour et à la circulation d'un étranger en France ont été considérablement réformées à la suite de la jurisprudence européenne et constitutionnelle.

Le droit européen en la matière est régi par la directive 2008/115/CE, dite « retour », qui régit les normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. La CJUE, dans son célèbre arrêt *El Dridi CJUE*, 28 avr. 2011, n° C-61/11, interrogée sur

Actualité pénale

la compatibilité d'un texte pénal italien prévoyant une peine d'emprisonnement en cas de violation d'un ordre de quitter le territoire national avec cette directive, a répondu : « *la directive [...] doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation d'un État membre [...] qui prévoit l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier pour le seul motif que celui-ci demeure, en violation d'un ordre de quitter le territoire de cet État dans un délai déterminé, sur ledit territoire, sans motif justifié* ». À la suite de cet arrêt, les juridictions françaises ont adressé une question préjudicielle à la CJUE pour juger de la compatibilité du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), plus particulièrement son article L. 621-1, à la directive de 2008. Dans son arrêt du 6 déc. 2011, *M. Achughbabian, aff. C-329/11*, la CJUE considère que la directive « retour » ne s'oppose « ni à une réglementation nationale, telle que l'article L. 621-1 du CESEDA, dans la mesure où celle-ci qualifie le séjour irrégulier d'un ressortissant d'un pays tiers de délit et prévoit des sanctions pénales, y compris une peine d'emprisonnement, pour réprimer ce séjour, ni à la détention d'un ressortissant d'un pays tiers en vue de la détermination du caractère régulier ou non du séjour de celui-ci ». Néanmoins, les États « ne sauraient appliquer une réglementation pénale susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs poursuivis » par la directive « retour » « et partant de priver celle-ci de son effet utile ». Dès lors, l'article L. 621-1 du CESEDA est « *susceptible de faire échec à l'application des normes et des procédures communes* » établies par la directive « retour » et « *de retarder le retour* », portant ainsi « *atteinte à l'effet utile de ladite directive* ».

Actualité pénale

En parallèle, le CESEDA réprimait l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger en France (article L. 823-1 aujourd'hui, L. 622-1 à l'époque), nommé par une partie de la doctrine « le délit de solidarité ». Une immunité est accordée classiquement aux ascendants, descendants, conjoints, mais le CESEDA l'étendait aux personnes physiques ou morales ayant agi sans aucune contrepartie et qui fournissaient des conseils juridiques ou des soins médicaux, des aliments ou un hébergement destinés à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger. Un militant pro-migrant a été condamné pour avoir aidé 200 migrants à entrer et à s'installer en France dans des bâtiments désaffectés (affaire Cédric Herrou). Les juges lui ont refusé le bénéfice de cette immunité en considérant que son action s'inscrivait dans une activité militante en vue de soustraire des étrangers aux contrôles mis en œuvre par les autorités. Donc, il ne s'agissait pas d'une réponse à une situation de détresse, mais d'une contestation globale du droit applicable, pouvant être considérée comme une contrepartie.

Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 6 juillet 2018, consacre le principe de fraternité duquel découle « *la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national* ». Toutefois, le Conseil rappelle aussi que l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière participant de la sauvegarde de l'ordre public a valeur constitutionnelle et « *qu'aucun principe n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national* ». Il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre le principe

Actualité pénale

de fraternité et la sauvegarde de l'ordre public.

Le CESEDA, réécrit depuis par l'ordonnance du 16 décembre 2020, reprend ses dispositions dans ses articles L. 823-1 s.. La qualification délictuelle est maintenue « pour toute personne, (le fait) de faciliter ou de tenter de faciliter, par aide directe ou indirecte, l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger en France » qui est puni de 5 ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende. L'article L 823-3 contient des circonstances aggravantes portant la peine à dix ans d'emprisonnement et à 750 000 euros d'amende de facture classique (la bande organisée, commission dans certains endroits – port, aérodrome,) ou plus spécifique (l'exposition des étrangers à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente ou de les soumettre à des conditions de vie, de transport, de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité de la personne humaine ou l'éloignement des mineurs étrangers de leur milieu familial ou de leur environnement traditionnel).

L'article 823-9 reprend les immunités, en intégrant l'apport de la décision du Conseil constitutionnel. Elles sont accordées classiquement aux ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et sœurs de l'étranger ou de leur conjoint ; au conjoint de l'étranger, de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui, ou des ascendants, descendants, frères et sœurs du conjoint de l'étranger ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui, sauf si l'individu vit en état de polygamie. L'immunité est aussi accordée à « *toute personne*

Actualité pénale

physique ou morale lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et a consisté à fournir des conseils ou accompagnements juridiques, linguistiques ou sociaux, ou toute autre aide apportée dans un but exclusivement humanitaire », ce qui appelle plusieurs remarques.

D'une part, son analyse juridique renforce le choix du législateur de créer un délit autonome et de ne pas se contenter d'un cas de complicité. Dans ce cas, il aurait fallu établir l'infraction principale, ce qui aurait été difficile. Donc, chaque participant peut être puni. Le conducteur du véhicule est poursuivi pour un délit dont il est l'auteur, indépendamment de la participation ou de la qualification de l'infraction à l'égard de l'étranger. L'infraction autonome permet de contourner les difficultés d'établir les réseaux de criminalité organisée ou les ententes. Si la bande organisée aggrave la répression, la commission par une personne isolée ne fait pas obstacle à la sanction pénale.

D'autre part, le législateur met en place des immunités, il se positionne ainsi sur le terrain de la procédure puisqu'il est impossible « *d'engager des poursuites pénales* ». Le mécanisme utilisé est important, car son choix implique des conséquences du point de vue de la forme et du fond. Substantiellement, il indique que la valeur juridique protégée par l'incrimination continue de l'être, malgré l'impossibilité des poursuites ; la peine est écartée pour une raison qui tient à son inopportunité ou à son inutilité. Formellement, l'immunité est personnelle, elle ne peut être transférée à d'autres participants puisqu'elle opère *in personam*.

Dans sa décision de 2023, la Cour de cassation reprend l'inspiration

Actualité pénale

européenne et constitutionnelle pour nourrir sa décision. Elle rappelle que, en cas de poursuite d'un but humanitaire, l'immunité ne peut cependant être imposée en cas d'aide apportée à l'entrée irrégulière d'un étranger. L'interdiction de poursuivre l'étranger, qui résulte de la directive de 2008, n'interdit pas de poursuivre pénalement une personne qui a aidé cet étranger à franchir une frontière d'un État de l'Union. Mais l'argument qui transparait dans la volonté législative et la jurisprudence précédente repose sur la différence intrinsèque entre l'aide à l'entrée et l'aide au séjour et à la circulation. La Cour de cassation rappelle que *« l'aide à l'entrée sur le territoire français favorise la commission d'une infraction, ce qui explique qu'elle ne puisse pas bénéficier de l'immunité prévue en cas d'aide, poursuivant le même but, apportée au séjour et à la circulation »*. En effet, l'aide apportée à un étranger qui se trouve sur le territoire permet de l'assister et de le soutenir, même s'il est en situation irrégulière. Contrairement à l'aide à l'entrée qui fait naître la situation irrégulière et constitue une participation à l'infraction. Si cet article témoigne de la prise en compte incontestable de la solidarité au sein du droit pénal, la force accordée à cette dernière est moindre que dans l'hypothèse précédente. La décision de la Cour de cassation indique clairement que, d'une part, on peut remarquer que l'infraction demeure un interdit social et la solidarité sociale n'infléchit pas la politique criminelle. En revanche, la solidarité est considérée comme une immunité et fait obstacle aux poursuites et, par conséquent, à la répression pénale. Mais d'autre part, son champ d'application est moindre, car si la solidarité peut paralyser le droit pénal en matière d'aide à la circulation et au séjour de l'étranger, elle n'a pas d'effet sur l'aide à son entrée qui constitue une

Actualité pénale

infraction punissable et écarte l'immunité.

De quelques enseignements du contrôle de l'activité des services de renseignement après la publication du rapport d'activité 2021 de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement

La France s'est longuement distinguée de ses partenaires et alliés par l'absence de statut juridique des activités de renseignement, car, comme le faisait remarquer le préfet Jacques Fournet, ancien Directeur central des renseignements généraux (1988-90) et ancien Directeur de la surveillance du territoire (1990-93) au ministère de l'Intérieur, cette situation atypique était issue d'une « *France d'après-guerre où les services de renseignements tenaient leur légitimité de leur propre existence et où une certaine forme de raison d'État valait cadre juridique* »¹.

Cette époque est, à la vérité, largement révolue, pour deux raisons au moins.

D'abord, parce que depuis la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 sur le secret des correspondances émises par la voie des télécommunications, considérée comme la première loi française sur

¹. FOURNET, Jacques. *Témoignage sur la mise en œuvre de la loi du 10 juillet 1991 et son impact sur les services de sécurité*. Rapport de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité pour 2001, p. 67.

Police administrative

le renseignement en tant qu'elle a réglementé les interceptions de communications téléphoniques, mais qui ne constitue nullement une réglementation d'ensemble des techniques de renseignement en tant qu'elle ne portait que sur l'une des techniques de renseignement, le corpus juridique s'est largement étoffé ; on se limitera à citer la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement, d'une part parce que créant un cadre légal des activités de renseignement, elle « fait figure de rupture »² et, d'autre part, parce que la normativité étant devenue considérable³, pour ne pas dire excessive⁴, il nous faut nous limiter à l'essentiel.

2. MEYNAUD-ZEROUAL, Ariane. Le contentieux du renseignement : un contre-exemple ?. *AJDA* 2020, p. 226.

3. Citons la loi n° 2015-1556 du 30 novembre 2015 relative aux mesures de surveillance des communications électroniques internationales, la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, la loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique, la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste, la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, la loi n° 2018-607 du 13 juillet 2018 relative à la programmation militaire pour les années 2019 à 2025 et portant diverses dispositions intéressant la défense, la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, la loi n° 2021-998 du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement.

4. GOHIN, Olivier. « Inflation législative », dans Chr. BOUTIN, F. ROUVILLOIS, O. DARD (dir.), *Le Dictionnaire du progressisme*, Paris, Ed. du Cerf, 2022, p. 564-569. Au cours des 10 dernières années et sans prendre en compte les nombreuses lois relatives à l'état d'urgence sanitaire, on dénombre, au cours de deux quinquennats présidentiels, entre 2012 et 2022, un total de quinze législations nouvelles, dans la même matière, en dix ans, soit une moyenne considérable de bien plus d'une loi par

Police administrative

Ensuite, parce que les contrôles de l'activité des services de renseignement sont désormais multiples. Nous en relèverons quatre, compte non tenu de ceux de la Cour des comptes, la commission de vérification des fonds spéciaux, la Commission nationale de l'informatique et des libertés ou la Commission du secret de la défense nationale :

- ▶ la loi n° 2007-1443 du 9 octobre 2007 créant la délégation parlementaire au renseignement a, pour la première fois, instauré un suivi des activités de renseignement par le Parlement dans le cadre d'une délégation commune à l'Assemblée nationale et au Sénat, cette délégation ayant pour mission de suivre l'activité générale et les moyens des services spécialisés placés sous l'autorité des ministres chargés de la sécurité intérieure, de la défense, de l'économie et du budget ;
- ▶ le décret n° 2014-833 du 24 juillet 2014 permet à l'inspection des services de renseignement, placée sous l'autorité directe du Premier ministre, de réaliser des missions de contrôle, d'audit, d'étude, de conseil et d'évaluation à l'égard des services spécialisés de renseignement ainsi que de l'Académie du renseignement. Elle est composée de membres désignés par le Premier ministre parmi les membres du contrôle général des armées, de l'inspection générale de l'administration, de l'inspection générale des finances et du conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des

an. Sur la base du traumatisme collectif des attentats de novembre 2015, la sécurité intérieure est bien devenue, dans le contexte et le cadre de la lutte contre le terrorisme, la première des politiques publiques.

Police administrative

technologies, en activité dans leur corps, ainsi que parmi les inspecteurs généraux des armées ;

► la loi du 24 juillet 2015, encore elle, organise, pour la première fois dans l'histoire de la justice française, un contrôle juridictionnel de la mise en œuvre des techniques de renseignement et des fichiers intéressant la sûreté de l'État. Depuis le 19 octobre 2016 et sa première décision d'intérêt, la formation spécialisée du Conseil d'État a rendu 384 décisions, dont 39 seulement portent sur la mise en œuvre des techniques de renseignement. Au 13 octobre 2022, sur les 345 décisions rendues dans le cadre du contentieux des fichiers de souveraineté, 9 seulement ont conduit à enjoindre à l'autorité administrative concernée de procéder à l'effacement de données illégalement recueillies ou conservées. Ces injonctions concernaient le fichier de la direction du renseignement et de la sécurité de la défense (CE, form. spéc., 5 mai 2017, n° 396669 ; CE, form. spéc., 3 juin 2021, n° 432793), le fichier de la direction du renseignement militaire (CE, form. spéc., 8 nov. 2017, n° 396549), le fichier CRISTINA – Centralisation du renseignement intérieur pour la sécurité du territoire et des intérêts nationaux – de la direction générale de la sécurité intérieure (CE, form. spéc., 28 déc. 2018, n° 396542 ; CE, form. spéc., 31 juill. 2019, n° 417109, 420925 ; CE, form. spéc., 6 nov. 2019, n° 421748), le fichier de la direction générale de la sécurité extérieure (CE, form. spéc., 21 déc. 2020, n° 427059), le fichier des personnes recherchées (CE, form. spéc., 3 juin 2021, n° 428892)⁵. Cette formation spécialisée⁶ est composée

⁵. Ces chiffres sont ceux de Béatrice GUILLAUMIN. Quand le Conseil d'État murmure à l'oreille du Conseil d'État. Réflexions sur la nature des recours organisés devant la

Police administrative

de magistrats habilités au secret de la défense nationale⁷ ; le caractère spécial de ce contentieux ne se limite pas à la formation de jugement mais l'est aussi, pour des raisons fort compréhensibles, par la procédure suivie qui déroge à de nombreux principes directeurs du procès comme la contradiction, l'égalité des armes ou la publicité des audiences ; il n'en demeure pas moins que la Cour européenne des droits de l'Homme se prononcera prochainement sur la conformité du fonctionnement de la formation spécialisée aux articles 6 (droit à un procès équitable), 8 (droit au respect de la vie privée) et 13 (droit à un recours effectif) de la Convention, dix-sept requêtes étant pendantes devant la Cour (n° 40377/17, *Emmanuel Bodinier c/ France*) ;

► enfin, la loi de 2015 crée la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR), autorité administrative indépendante, qui s'assure que les techniques de renseignement sont mises en œuvre sur le territoire national conformément au cadre légal. Elle est consultée préalablement à la décision du Premier ministre sur toutes les demandes tendant à mettre en œuvre une technique ou, s'agissant de la surveillance des communications électroniques internationales, sur toutes les demandes tendant à exploiter des communications interceptées. La

formation spécialisée du Conseil d'Etat. *AJDA* 2022, p. 2449.

6. Elle est régie par les articles L. 841-1, L. 841-2, L. 853-3 et L. 854-9 du Code de la sécurité intérieure et les articles L. 773-1 et L. 773-8 du Code de justice administrative.

7. Pour un bilan de ses cinq années d'existence et de ses 300 décisions rendues, MALVERTI, Clément, BEAUFILS, Cyrille. L'espion qui venait du droit. *AJDA* 2021, p. 2589.

Police administrative

CNCTR vérifie également *a posteriori* que les prescriptions légales ont été respectées, en contrôlant l'exécution des autorisations accordées et en vérifiant qu'aucun recueil ou qu'aucune exploitation soumis à autorisation n'a été irrégulièrement mis en œuvre. Elle exerce un contrôle de légalité, qui inclut un contrôle de la proportionnalité des atteintes portées à la vie privée par rapport aux finalités poursuivies.

Ceci posé, la publication, fin septembre 2021, du sixième rapport d'activité 2021 de la CNCTR, dans un contexte marqué par une double évolution, celle de l'atténuation de l'impact de la crise sanitaire sur l'activité de services de renseignement comme de celle de la Commission, et de l'importante évolution du droit du renseignement, essentiellement en raison de l'entrée en vigueur de la loi relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement du 30 juillet 2021, doit retenir notre attention.

La CNCTR indique que le droit du renseignement est loin d'être achevé compte tenu des évolutions techniques à venir dans le domaine des communications électroniques et de la jurisprudence des cours européennes. L'« *entrée en scène (que les États n'avaient guère anticipée)* »⁸ de la Cour de justice de l'Union européenne dans la définition d'un droit du renseignement qui lui échappait jusqu'à ce qu'elle s'en saisisse par le biais de la régulation des opérateurs de communications électroniques, et que le général d'armée (2S) Marc Watin-Augouard commente sinon anticipe dans cette chronique (voir

8. Rapport d'activité 2021, p. 8.

Police administrative

[La veille juridique n° 105, mai 2022](#), p. 14-21) remet en cause la possibilité de conserver les données retenues par les opérateurs à des fins de police administrative ou judiciaire. De son côté, la Cour européenne des droits de l'Homme demande aux États que les partages de renseignements entre services étrangers soient assortis de garanties comparables à ceux qui prévalent pour le recueil de renseignement par leurs propres services. Ces évolutions conduisent le président de la CNCTR à plaider en faveur d'une « véritable stratégie des modes de contrôle »⁹ qui conjuguerait contrôle sur place et en ligne.

Au final, le nombre de personnes surveillées atteint 22 958, essentiellement au titre de la prévention du terrorisme, niveau à peu près identique aux années précédentes (21 952 en 2020 et 22 210 en 2019).

1 – Le contrôle préalable des demandes soumises à autorisation : un examen exhaustif

Après être resté stable entre 2018 et 2019, le nombre total de demandes tendant à la mise en œuvre de techniques de renseignement (TR), qui avait crû d'environ 8 % l'année précédente, enregistre en 2021 une augmentation de 10 %. Cette hausse concerne, dans des proportions plus ou moins marquées, la presque totalité des TR considérées.

⁹. *Ibid.*, p. 10.

Police administrative

Technique de renseignement la plus utilisée mais la moins intrusive de toutes celles prévues au Code de la sécurité intérieure (CSI), les demandes d'accès aux données de connexion en temps différé affichent, en 2021, une hausse de 7 % ; les demandes de géolocalisations en temps réel (+18 %) enregistrent une évolution identique alors que les demandes d'introduction dans un lieu privé (+32 %) les techniques de captation de paroles prononcées à titre privé et de captation d'images dans un lieu privé (+36,7 %), les recueils et captations de données informatiques (+55 %), les demandes de recueils de données de connexion par *IMSI catcher* (+87 %) connaissent un accroissement important en 2021.

Seules les demandes d'interceptions de sécurité réalisées *via* le Groupement interministériel de contrôle (GIC), après avoir connu de fortes augmentations en 2018 et 2019 demeurent à un niveau comparable à celui constaté en 2020 et les demandes d'accès aux données de connexion en temps réel, TR peu intrusive et soumise à contingentement, constituent, avec les interceptions de sécurité réalisées *via* le GIC, la seule technique connaissant une diminution entre 2020 et 2021 (-7 %). S'agissant, enfin, de la technique de l'algorithme sur les données de connexion en vue de détecter une menace terroriste, une nouvelle autorisation de mise en œuvre a été accordée en 2021. À la fin de l'année 2021, quatre algorithmes avaient donc été autorisés depuis l'entrée en vigueur du cadre légal, le 3 octobre 2015, et étaient en fonctionnement.

Le Professeur Xavier Latour avait pu estimer que l'utilité réelle de la

Police administrative

CNCTR « *dépendra de sa capacité à rendre des avis négatifs et des suites données par le Premier ministre* »¹⁰. Sur ce point, la doctrine administrative peut être rassurée. S'il y a une légère hausse du nombre d'avis défavorables rendus par la CNCTR (398), cette évolution « *ne témoigne pas cependant d'un relâchement des efforts accomplis jusqu'alors par les services de renseignement pour se conformer au cadre juridique en vigueur* »¹¹, mais est la conséquence logique de la reprise de certaines activités des services dans le cadre de la sortie de l'état d'urgence sanitaire.

Au titre des finalités invoquées dans les demandes de techniques de renseignement relevant de la surveillance intérieure, la prévention du terrorisme continue d'être le fondement légal le plus fréquemment invoqué (46 %) à l'appui des demandes d'interception de sécurité, devant le groupe des finalités relevant des intérêts géostratégiques de la France (22 %), la prévention de la criminalité et de la délinquance organisée (15 %) et la prévention des violences collectives (14 %) : sur ce point, la CNCTR rappelle qu'elle se montre particulièrement vigilante sur ces demandes, considérant que la prévention des violences collectives ne saurait être interprétée comme permettant la pénétration d'un milieu syndical ou politique ou la limitation du droit constitutionnel de manifester ses opinions, fussent-elles extrêmes, tant que le risque d'une atteinte grave à la paix publique n'est pas avéré¹².

10. LATOUR, Xavier. La loi relative au renseignement : un Etat de surveillance ? . *JCP A*, octobre 2015, n° 40, 2286.

11. *Ibid.*, p. 67.

12. Déjà dans son 3^e rapport d'activité, la CNCTR précisait qu'elle se montrera

Police administrative

Le contrôle des échanges entre services français constitue une nouvelle mission confiée par la loi à la CNCTR. Il s'agit, d'une part, des transmissions de renseignements collectés, réalisées pour une finalité différente de celle qui en a justifié le recueil et, d'autre part, des transmissions de renseignements collectés, extraits ou transcrits qui sont issus de la mise en œuvre d'une TR à laquelle le service destinataire n'aurait pu recourir au titre de la finalité motivant la transmission.

À cet égard, la CNCTR cite un exemple intéressant de transmission irrégulière de renseignement : il s'agissait, en l'espèce, du partage de transcriptions issues de l'exploitation de deux interceptions de sécurité entre un service du premier cercle et un service du second cercle. Le Premier ministre avait autorisé, après avis favorable de la CNCTR, le service du premier cercle à mettre en œuvre ces deux techniques sur le fondement de la défense et la promotion des intérêts majeurs de la politique étrangère. Cette finalité n'est accessible à aucun des services du second cercle. Le service destinataire a fait valoir, au cours du contrôle, que les transmissions étaient intervenues au titre de la prévention des violences collectives de nature à porter gravement atteinte à la paix publique. Après avoir examiné l'ensemble des transcriptions transmises à ce

« particulièrement vigilante sur les demandes fondées sur cette finalité ». Pour l'autorité administrative, la prévention des violences collectives ne doit pas être utilisée pour pénétrer un « milieu syndical ou politique » ou limiter le « droit constitutionnel de manifester ses opinions, mêmes extrêmes, tant que le risque d'une atteinte grave à la paix publique n'est pas avéré ».

Police administrative

service, la CNCTR a cependant estimé qu'aucune des informations qui y étaient consignées n'était susceptible de se rattacher à une telle finalité. La transmission litigieuse avait permis en conséquence à un service du second cercle d'exploiter des renseignements ne présentant pas de lien avec le champ de compétence que lui a attribué le pouvoir réglementaire. La découverte de cette irrégularité a donné lieu à la destruction de l'intégralité des transcriptions dont il avait été destinataire.

2 – Le contrôle postérieur pour s'assurer de la conformité du recueil, de la transmission, de l'extraction aux exigences du CSI : des axes de progrès identifiés

La CNCTR rappelle avoir recours à deux méthodes pour s'assurer de la conformité du recueil, de la transcription, de l'extraction et de la conservation des renseignements : à distance, par l'informatique, sur place et sur pièce, à raison de deux ou trois contrôles par semaine, tous services confondus.

Le contrôle sur place et sur pièce ne donne pas entière satisfaction à la CNCTR : celle-ci regrette, en effet, le temps nécessairement limité consacré à ce type de contrôle, les conditions dans lesquelles ils sont réalisés et le nombre restreint d'outils mis à disposition de la commission par les services pour effectuer les vérifications nécessaires, qui ne permettent pas aux agents de l'autorité administrative indépendante de contrôler des volumes de données en rapport avec ceux générés par l'augmentation de l'usage des techniques.

Police administrative

La CNCTR estime donc nécessaire que ces contrôles soient doublés d'un renforcement des possibilités de contrôle à distance. Or, dans la mesure où les demandes de précision adressées par la CNCTR par voie numérique sécurisée et sur des sujets très divers, se sont heurtées aux « *réticences de la majorité des services de renseignement* »¹³, la mise en place d'un accès direct à distance apparaît, dès lors, comme la condition nécessaire pour prendre en compte le manque de disponibilité des services, tout en évitant que l'effectivité du contrôle dont la loi charge la commission « *ne dépende que de la bonne volonté de ceux-ci* »¹⁴.

Deuxième motif d'insatisfaction de la CNCTR¹⁵ : la traçabilité de l'exploitation des données recueillies, car la majorité des services de renseignement lui refusent l'accès aux données contenues dans les fichiers intéressant la sûreté de l'État au motif qu'y figureraient des données de provenances différentes, incluant des données communiquées par des services étrangers ou des éléments susceptibles de dévoiler, directement ou indirectement, l'identité des sources des services de renseignement, non soumis au contrôle de la CNCTR. Au cours d'un colloque organisé en septembre 2020 par l'Association française de droit de la sécurité et de la défense, le professeur Bertrand Warusfel avait estimé que cette restriction est « *injustifiée tant juridiquement qu'opérationnellement* »¹⁶ car « *on ne*

¹³. Rapport d'activité 2021, p. 88.

¹⁴. *Ibid.*, p. 89.

¹⁵. *Ibid.*, p. 105.

¹⁶. WARUSFEL, Bertrand. Quelles réformes pour le droit du renseignement. In CUMIN David et MESZAROS Thomas (dir.). *Annuaire 2021 du droit de la sécurité et*

Police administrative

voit pas en quoi l'accès par les membres d'une commission, qui sont tous habilités, à des données contenues dans un fichier pourrait mettre en cause la sécurité des sources du renseignement, alors que les mêmes fichiers contenant exactement les mêmes données sont entièrement accessibles aux contrôles qu'effectuent, en application de l'article 118 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, les magistrats habilités qui sont détachés auprès de la CNIL, accompagnés le cas échéant d'un agent de la CNIL »¹⁷.

Par ailleurs, si la CNCTR se montre « *satisfaite* »¹⁸ des conditions dans lesquelles ses délégations ont été accueillies, elle déplore une maîtrise perfectible de la réglementation des TR : « *Le cadre juridique n'est pas assimilé par l'ensemble des acteurs intervenant dans le cycle de vie d'une technique de renseignement. Les services doivent dès lors poursuivre leurs efforts de formalisation et de diffusion du cadre d'emploi des techniques de renseignement, en particulier au stade de l'exploitation de ces techniques* »¹⁹.

À cet égard, la CNCTR, dans un souci pédagogique évident à l'égard des services de renseignement, recense la totalité des irrégularités constatées en distinguant :

- les irrégularités en matière de surveillance intérieure : le court dépassement de la durée légale de conservation des données

de la défense, Mare et Martin, 2021, p. 156.

¹⁷. *Idem*.

¹⁸. Rapport d'activité 2021, p. 91.

¹⁹. *Ibid*.

Police administrative

brutes collectées par la mise en œuvre d'une TR, le dépassement de la durée d'autorisation d'une TR, la retranscription de conversations obtenues par la mise en œuvre de techniques d'interceptions de sécurité ou de captation de paroles ne présentant aucun lien apparent avec l'une des finalités, les extractions ou des transcriptions de données ne présentant aucun lien avec la cible faisant l'objet de la TR, la traçabilité de l'exploitation des données recueillies, le retrait d'un dispositif de balisage sans avoir sollicité l'autorisation de s'introduire dans un lieu privé ;

- les irrégularités en matière de surveillance de communications électroniques internationales : des consultations et des exploitations réalisées sur le fondement d'une autorisation inappropriée, les exploitations de données réalisées sur le fondement de la bonne autorisation mais excédant les limites qui lui sont attachées.

<i>Directeur de publication :</i>	Colonel David BIÈVRE
<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 Jérôme MILLET Marc-Antoine GRANGER
<i>Équipe éditoriale :</i>	Odile NETZER

Le CREOGN n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les articles. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.