

Paris, le 16 janvier 2017,

Avis du Défenseur des droits n°17-01

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Emet l'avis ci-joint sur le projet de loi n° 263 relatif à la sécurité publique.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

Au titre de l'article 4 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, le Défenseur des droits a pour mission de veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République, de défendre les droits et libertés dans le cadre des relations avec les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics et les organismes investis d'une mission de service public, et de lutter contre les discriminations.

Par le présent projet de loi, le gouvernement souhaite renforcer l'efficacité de la mobilisation des forces de l'ordre pour la sécurité et leur protection par une série de mesures. Ainsi, de nouvelles dispositions prévoient l'instauration d'un cadre commun de l'usage des armes, une protection de l'identité des forces de l'ordre en recourant à l'anonymat dans les procédures pénales, une aggravation des peines de l'outrage commis contre les personnes dépositaires de l'autorité publique, ainsi qu'une possibilité d'armement pour les agents de sécurité privée. Le projet de loi prévoit également le renforcement de la sécurité en milieu pénitentiaire, en dotant les personnels de surveillance affectés dans les équipes de sécurité pénitentiaire de nouvelles prérogatives.

La modification de l'article L.114-2 du code de la sécurité intérieure - introduit par la loi du 22 mars 2016 relative à la prévention et à la lutte contre les incivilités, contre les atteintes à la sécurité publique et contre les actes terroristes dans les transports collectifs de voyageurs - est également envisagée, afin de permettre à l'employeur de procéder au licenciement d'une personne dont le comportement est incompatible avec l'exercice de sa fonction.

Enfin, le projet de loi vient renforcer la mesure de police administrative qu'est le contrôle administratif des retours sur le territoire national adoptée en juin 2016.

L'ensemble de ces nouvelles dispositions appellent de la part du Défenseur des droits les observations suivantes.

Instauration d'un cadre de l'usage des armes commun aux policiers, gendarmes, douaniers et militaires (article 1^{er})

L'article 1^{er} du projet de loi vise à créer un nouveau cadre de l'usage des armes commun aux policiers, gendarmes, douaniers et militaires déployés sur le territoire national dans le cadre de réquisitions ou protégeant des installations militaires, en s'inspirant des dispositions applicables aux gendarmes¹.

¹ Article L.2338-3 du code de la défense.

– Observations générales

L'enjeu est considérable. Il s'agit de définir les conditions d'application d'un fait justificatif à une infraction pénale pouvant aller jusqu'à l'homicide.

Il ressort des différentes interventions des agents du Défenseur des droits en école de police ou de gendarmerie, que les contours de la légitime défense ne sont pas totalement maîtrisés par les élèves. *A priori* donc, la définition d'un cadre commun à l'ensemble des forces de l'ordre, contenu dans le code de la sécurité intérieure (CSI), est à saluer et c'est d'ailleurs ce qu'a fait le Conseil d'Etat dans l'avis qu'il a rendu sur le projet de loi.² Ce rapprochement apparaît cohérent et dans le prolongement du rattachement organique et opérationnel de la gendarmerie nationale au ministère de l'Intérieur réalisé par l'article 1^{er} de la loi n° 2009-971 du 3 août 2009.

Néanmoins, il convient de relever que cette harmonisation s'inspire des textes les moins exigeants, ceux appliqués jusque-là aux seuls gendarmes. Ce rapprochement est fondé sur une idée fautive largement relayée, qu'il y aurait une différence importante entre l'application de la légitime défense aux gendarmes et aux policiers nationaux. Ce projet de loi dissocie également les textes applicables aux forces de l'ordre et à toute autre personne, ce qui accentue le manque de lisibilité des textes. Il s'agit également de la conséquence d'un choix de politique pénale discutable qui conduit à donner le sentiment d'une loi moins rigoureuse pour l'agent de la force publique, lequel représente l'Etat, et dispose d'un armement parfois conséquent et de moyens de contrainte non négligeables dont il doit faire usage avec discernement.

Si une harmonisation des dispositions est nécessaire, elle doit se faire à partir du droit commun défini dans la partie générale du code pénal qui est applicable à tous, les articles 122-5 à 122-7.

Actuellement, dans une large mesure, l'usage des armes par les policiers ne dépend pas d'un régime juridique spécifique et relève donc des dispositions de droit commun du code pénal. Comme pour n'importe quel justiciable, c'est principalement l'article 122-5 du code pénal qui s'applique, prévoyant que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense (...) autre qu'un homicide volontaire* ».

Cela signifie que pour un policier comme pour tout justiciable, la violence doit rester l'ultime recours : l'arme à feu ne peut être utilisée que dans des cas ultimes.

Cependant, cette identité de régime applicable aux policiers et à l'ensemble des citoyens a déjà été remise en cause avec l'introduction dans le code pénal de l'article 122-4-1 par la loi 3 juin

² Conseil d'Etat, Avis du 15 décembre 2016, n° 392480.

2016³. Cette loi prévoit un cas supplémentaire de légitime défense, qui peut s'appliquer à la fois aux policiers, aux gendarmes et aux autres militaires : « *N'est pas pénalement responsable le fonctionnaire de la police nationale (...) qui fait un usage absolument nécessaire et strictement proportionné de son arme dans le but exclusif d'empêcher la réitération, dans un temps rapproché, d'un ou plusieurs meurtres ou tentatives de meurtre venant d'être commis, lorsque l'agent a des raisons réelles et objectives d'estimer que cette réitération est probable* ».

Le projet de loi semble s'inscrire dans ce mouvement qui tend à la définition d'un régime spécifique aux forces de l'ordre en le complexifiant.

Le Défenseur des droits s'est exprimé sur l'introduction de l'article 122-4-1 dans le code pénal. Il considérait que ce texte n'était pas nécessaire compte tenu de la législation et de la jurisprudence déjà existantes, lesquelles permettent aux intéressés d'invoquer la légitime défense ou l'état de nécessité et de bénéficier de l'irresponsabilité pénale, dans les circonstances décrites dans cet article.⁴

La nécessité de cohérence qui passe par la simplification de la loi, devrait se recentrer sur un texte clair et largement explicité par la jurisprudence, l'article 122-5 du code pénal.

Au contraire, ce projet propose une complexification du régime applicable aux policiers en ce qu'il reprend les dispositions de l'article L.2338-3 du code de la défense applicables aux militaires de la gendarmerie.

Le régime qui s'applique aux gendarmes est défini par l'article précité qui relègue les principes de proportionnalité et de simultanéité au second plan par une succession de circonstances permettant l'usage d'une arme : les militaires peuvent ainsi faire feu lorsqu'ils sont agressés ou menacés par des individus armés, pour « défendre » une zone qu'ils occupent, si des sommations répétées restent sans effet, ou pour immobiliser des véhicules.

La jurisprudence de la Cour de cassation⁵ a cependant clarifié le régime applicable aux militaires en affirmant que le recours à la force devait être absolument nécessaire au regard des circonstances de l'espèce. La jurisprudence nationale et européenne en la matière se fonde essentiellement sur les notions de nécessité absolue et de proportionnalité applicables indistinctement aux policiers et aux gendarmes. Ainsi, la différence des textes applicables sont de fait sans conséquence sur le régime juridique applicable à l'usage des armes qui est le même pour les fonctionnaires de police et pour les militaires de la gendarmerie.

³ Loi du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

⁴ Avis du Défenseur des droits n°16-04 du 12 février 2016.

⁵ Arrêts de la chambre criminelle du 18 février 2003 et du 16 juin 2009.

L'idée selon laquelle les gendarmes bénéficient d'une bien plus grande latitude que les policiers dans l'usage des armes ne correspond pas donc à une réalité et ne peut justifier le changement d'un dispositif déjà fragilisé.

– **Les termes de l'article**

Le projet de loi prévoit que les policiers pourront faire usage de leur arme dans quatre cas supplémentaires :

- En cas de menace ou d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique des forces de l'ordre ou d'autrui ;
- Après deux sommations, pour défendre les postes ou les personnes sous leur responsabilité ;
- Après deux sommations, pour contraindre une personne, risquant de porter atteinte à leur vie ou leur intégrité physique ou à celle des tiers, à s'arrêter ;
- Pour immobiliser un véhicule qui risque de perpétrer des atteintes à leur vie ou à leur intégrité physique ou à celles de tiers.

Le dernier alinéa reprend les termes de l'article 122-4-1 du code pénal et devrait donc être supprimé de la partie générale du code pénal, si le projet de loi était adopté.

– **Les difficultés soulevées par le texte**

S'il est à saluer la référence expresse à la notion « *d'absolue nécessité* » et au caractère strictement proportionné de l'usage des armes, ces notions semblent se diluer dans les nombreux paragraphes du I de l'article 1^{er} du projet de loi. L'extension de ces cas aux policiers fait perdre en clarté les principes simples de la légitime défense qui sont déjà mal compris.

Les principes de proportionnalité et de simultanéité sont relégués au second plan, dans des conditions décrites par l'article L.2338-3 du code de la défense. Selon le texte, les forces de l'ordre pourront ainsi - et seules - faire feu lorsqu'elles sont agressées ou menacées par des individus armés, pour « défendre » une zone qu'elles occupent, si des sommations répétées restent sans effet, ou pour immobiliser des véhicules.

Le garde des Sceaux, Jean-Jacques Urvoas, a lui-même souligné, lors de la séance des questions au gouvernement le 25 octobre 2016 à l'Assemblée nationale, que « *la légitime défense se*

caractérise par la notion d'immédiateté. Dans la loi de juin 2016, nous avons défendu le principe d'immédiateté ». Pourtant, les termes de l'article 1^{er} semblent aller à l'encontre de cette volonté, en permettant une utilisation des armes pour défendre un terrain ou immobiliser un véhicule qui prend la fuite, alors qu'une infraction a vraisemblablement déjà été commise.

La condition essentielle au recours à l'usage des armes par les forces de l'ordre est définie dans quatre alinéas en ces termes : « empêcher de perpétrer de manière imminente des atteintes à leur vie ou à leur intégrité physique ou à celle des tiers ». Pourtant, l'alinéa 2 ne mentionne pas cette condition primordiale qu'est la protection de la vie ou de l'intégrité physique d'une personne, puisqu'il est question ici d'utiliser son arme contre des individus qui attaqueraient « les postes [...] qui leur sont confiés ». Cette extension du champ d'application de la légitime défense pour les policiers semble discutable.

Les sommations prévues par le texte posent un problème d'ordre probatoire. Le Défenseur des droits s'est vu saisi de nombreuses réclamations soulevant ce problème, notamment concernant l'usage des armes de force intermédiaire lors de manifestations.

Le manque de précision de certains termes fait courir le risque d'une approche très casuistique de l'usage d'une arme.

L'alinéa 5 mentionne l'utilisation des armes afin d'empêcher la réitération d'un meurtre, lorsque les forces de l'ordre ont « des raisons réelles et objectives d'estimer que cette réitération est probable ». Il est ici question textuellement d'une probabilité afin de donner la possibilité aux forces de l'ordre de tirer. L'absence de référence explicite à une situation mettant en danger la vie de l'agent ou d'un tiers risque d'engendrer une utilisation abusive des armes par les forces de l'ordre.

Aussi, en pareille hypothèse et par application du principe de proportionnalité précédemment cité, les règles nationales devraient, *a minima*, subordonner le recours par les forces de sécurité aux armes à feu à une appréciation minutieuse de la situation et, le cas échéant, à une évaluation de la nature de l'infraction commise par le fugitif et de la menace qu'il représente pour les personnes et pour l'ordre public. A défaut, le droit interne encourt le risque d'une censure par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).

La formation à l'usage des armes est essentielle pour permettre à l'agent des forces de l'ordre d'agir en confiance. L'intégration complète du cadre légal est une nécessité qui n'est rendue possible que par des textes simples. Il n'est pas certain que le projet de loi proposé simplifie le régime applicable aux policiers. Cette réforme pourrait donner l'impression que le recours à l'usage des armes est largement ouvert, ce qui n'est pas le cas.

De plus, ces nouvelles dispositions risqueraient d'exposer le législateur à des revendications équivalentes émanant de tous les personnels exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République qui pourraient être fondés à espérer en bénéficier à leur tour. Il s'agirait notamment des policiers municipaux, gardes-champêtres ou encore des fonctionnaires de l'administration pénitentiaire à propos desquels il serait inopportun de minimiser les risques inhérents à leurs activités, exercées au service de la République et de ses citoyens.

Au regard de tout ce qui précède, le projet de loi complexifie le régime juridique de l'usage des armes, en donnant le sentiment d'une plus grande liberté pour les forces de l'ordre, au risque d'augmenter leur utilisation, alors que les cas prévus sont couverts par le régime général de la légitime défense et de l'état de nécessité, dès lors que l'usage de la force doit être nécessaire et proportionné, conformément aux exigences de l'article 2 la Convention européenne des droits de l'homme.

Protection de l'identité des policiers, gendarmes, des agents des douanes (article 2)

L'article 2 du projet de loi étend la possibilité pour les agents de la police nationale, de la gendarmerie nationale et des douanes de rédiger des actes de procédure, de déposer ou de comparaître comme témoin de manière anonyme. L'agent sera alors identifié par son numéro d'immatriculation, sa qualité, son service ou son unité d'affectation.

Cet article vise à compléter le dispositif actuel de protection des forces de sécurité de l'Etat contre les représailles. Aujourd'hui, l'article 62-1 du code de procédure pénale (CPP) prévoit que les personnels chargés de missions de police judiciaire peuvent déclarer comme domicile l'adresse du siège du service dont ils dépendent. Les officiers et agents de police judiciaire, affectés dans les services spécialement chargés de la lutte contre le terrorisme, peuvent être autorisés par le procureur général près la cour d'appel de Paris à s'identifier par leur numéro d'immatriculation administrative. Selon l'étude d'impact, ce dispositif prévu par l'article 706-24 du CPP a été mis en œuvre au bénéfice de 963 enquêteurs.

L'article 2 du projet loi élargit considérablement la possibilité d'anonymat.

L'étendue du champ d'application de cet article, les critères qu'il édicte, la délivrance de l'autorisation par une autorité hiérarchique, les garanties qu'il apporte au regard des droits de la défense, comme les peines qu'il prévoit en cas de divulgation de l'identité de l'agent peuvent faire l'objet de réserves.

Le champ d'application de l'article est très vaste ; l'anonymat est rendu possible sur autorisation pour tous les actes portant sur un crime ou un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement.

La personne autorisée pourra également témoigner au cours de l'enquête et se constituer partie civile de manière anonyme. L'anonymat qui était limité aux questions de terrorisme et aux unités spécialisées trouvera donc à s'appliquer dans de nombreuses procédures.

Or, selon une jurisprudence constante de la CEDH sur le respect des droits de la défense inscrits à l'article 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'anonymat des témoins appartenant aux forces de l'ordre doit répondre à des exigences de nécessité et de proportionnalité et ne doit être utilisé que « *dans des circonstances exceptionnelles* ». ⁶

L'extension de l'anonymat à un grand nombre de procédures est d'autant plus problématique que l'autorisation est délivrée par le « *responsable hiérarchique qui doit être d'un niveau suffisant, défini par décret* ». Cela constitue un changement majeur par rapport à l'autorisation actuellement délivrée en matière de terrorisme, qui relève du procureur général près la cour d'appel de Paris. Ici, l'autorisation sera seulement communiquée au parquet. En outre, la qualité du responsable hiérarchique reste à définir par décret. Dans son avis, ⁷ le Conseil d'Etat admet que l'autorisation de s'identifier par un numéro puisse être donnée à l'agent par le responsable du service ou de l'unité plutôt que par le parquet, à condition que la décision soit prise à un niveau hiérarchique élevé et que l'autorisation soit communiquée au procureur de la République. Pourtant, au regard de l'importance et du caractère exceptionnel de la mesure, seul un magistrat, après examen des critères définis par la loi, devrait la délivrer. Cette garantie est par ailleurs justifiée par l'élargissement du champ d'application du recours à l'anonymat.

L'autorisation pourra être délivrée à un agent de police ou de gendarmerie nationale lorsque la révélation de son identité est susceptible de mettre en danger sa vie ou son intégrité physique ou celles de ses proches. Le projet de loi définit deux critères : les conditions d'exercice de sa mission ou la nature des faits que l'agent est habituellement amené à constater. Ces critères semblent manquer de précision, l'anonymat pouvant concerner un très grand nombre de fonctionnaires.

Les conditions de délivrance de l'autorisation par un supérieur hiérarchique cumulées à l'imprécision des critères ne permettent pas de garantir le caractère exceptionnel de l'anonymat qu'exige pourtant le respect des droits de la défense. Il apparaît nécessaire en outre de prévoir la motivation de la décision d'autorisation.

En outre, l'occultation du nom et du prénom de l'auteur d'un acte de procédure pénale appelle des garanties particulières. Le projet de loi en contient quelques-unes. Il prévoit, en effet, l'examen par la juridiction saisie des faits, d'une demande d'annulation d'un acte de procédure fondée sur la violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité selon une procédure permettant de préserver l'anonymat de l'enquêteur. Les parties peuvent également demander l'identité de l'agent au juge d'instruction ou au président de la juridiction de jugement, qui statuera, après avoir recueilli l'avis du ministère public et en tenant compte, d'une part, de la menace que cette

⁶ CEDH, Van Mechelen et autres c. Pays-Bas, 23 avril 1997, §56.

⁷ Conseil d'Etat, Avis du 15 décembre 2016, n° 392480.

révélation ferait peser, d'autre part, de la nécessité de révéler ces informations pour l'exercice des droits de la défense.

Pourtant, la conventionnalité de cet anonymat n'est pas évidente. Ces nouvelles dispositions – dans le texte et dans leur mise en œuvre – ne doivent pas porter une atteinte disproportionnée aux droits de la défense protégés par l'article 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, en particulier le droit d'interroger les témoins en présence de la défense et de se former son propre jugement quant à l'attitude et à la fiabilité.⁸

Pour être conforme à l'article 6, le recours au témoignage anonyme dans une procédure judiciaire doit respecter plusieurs conditions : l'existence de motifs suffisants pour conserver l'anonymat du témoin ; une appréciation *in concreto* des motifs invoqués qui ne doivent pas être fondés uniquement sur la gravité des infractions commises⁹ ; et, préférer une mesure moins restrictive lorsqu'elle est possible. Il faut en outre que la procédure suivie devant les instances judiciaires ait suffisamment « compensé » ces difficultés et que la condamnation n'ait pas été fondée « uniquement, ni dans une mesure déterminante » sur les déclarations anonymes¹⁰.

Or, il semble que le projet de loi permette à l'agent qui a fait l'objet d'une autorisation de recourir à l'anonymat dans toutes les procédures relatives à une infraction pour laquelle la peine encourue est d'au moins trois ans d'emprisonnement. Selon cette interprétation, une autorisation ne serait pas délivrée pour chaque enquête qui le justifierait, mais une fois pour toutes ; il n'y aurait donc pas d'appréciation *in concreto* du risque encouru. Il conviendrait donc de clarifier le projet de loi sur ce point.

Si l'étude d'impact indique quelques mesures compensatoires, à la différence des autres dispositions en matière d'anonymat de témoins¹¹, l'article 2 du projet de loi ne précise pas les modalités de mise en œuvre d'une procédure de confrontation respectant l'anonymat de l'agent et ne contient pas l'exigence selon laquelle aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement de déclarations anonymes des enquêteurs.¹²

Enfin, les dispositions définissant l'infraction consistant à révéler l'identité de l'agent, reprennent la rédaction de l'article 706-84 du CPP applicable en matière de terrorisme et d'infiltration. Elles diffèrent cependant ; il serait opportun de procéder à leur harmonisation. On peut également s'interroger sur la nécessité de retenir les circonstances aggravantes que sont la survenue de violences ou la mort de l'agent, de ses conjoints, enfants et ascendants directs. En effet, lorsqu'il

⁸ « Tout accusé a droit à interroger... les témoins à charge et à obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ». Voir Van Mechelen précité ; CEDH, Kostovski c. Pays-Bas du 20 novembre 1989, §42.

⁹ CEDH, Visser c. Pays-Bas du 14 février 2002, §§47-48 et Krasniki c. République tchèque du 28 février 2006, §§81-83.

¹⁰ CEDH, Doorson c. Pays-Bas, 26 mars 1996, §76 et Visser c. Pays-Bas du 14 février 2002, §50.

¹¹ Articles 706-24, 706-61 et 706-86 du CPP.

¹² CEDH, Van Mechelen, précité, § 63.

en résulte une atteinte à la personne, les faits de divulgation pourraient être appréhendés soit comme les délits d'homicide ou de violences involontaires, soit en tant que complicité d'homicide ou de violences volontaires ; à défaut il conviendrait de constater que le comportement de celui qui révèle l'identité n'est pas assez causal et ne doit pas être réprimé plus durement en raison des conséquences intervenues¹³.

Modification de l'article L. 114-2 du code la sécurité intérieure afin de permettre à l'employeur de procéder au licenciement d'une personne dont le comportement est incompatible avec l'exercice de la fonction (article 4)

Le nouvel article L.114-2 du CSI, inséré par la loi du 22 mars 2016 relative à la prévention et à la lutte contre les incivilités, contre les atteintes à la sécurité publique et contre les actes terroristes dans les transports collectifs de voyageurs, prévoit une procédure d'enquête administrative aux fins d'autorisation d'occuper un emploi « *en lien direct avec la sécurité des personnes et des biens au sein d'une entreprise de transport public de personnes ou d'une entreprise de transport de marchandises dangereuses soumise à l'obligation d'adopter un plan de sûreté* ».

Cette procédure d'enquête administrative vise à « *vérifier que le comportement des personnes intéressées n'est pas incompatible avec l'exercice des fonctions ou des missions envisagées* ».

La mise en œuvre de cette procédure est laissée à la libre discrétion de l'employeur ou à l'initiative de l'autorité administrative concernée. Comme le relève le Conseil d'Etat, elle fait donc porter une lourde responsabilité à l'employeur à défaut d'être une obligation.¹⁴

D'autre part, la lecture de cette disposition laisse sous-entendre que seul le cas de figure de l'accès à un emploi est visé par cette possibilité de procédure d'enquête administrative.

Ainsi, l'article 4 du présent projet de loi tend à préciser la rédaction de l'article L.114-2 sous deux angles : sur sa portée et sur les conséquences des décisions prises à l'issue de l'enquête administrative.

- Sur sa portée, outre l'accès à l'emploi et l'affectation, le nouvel article tend à couvrir plus largement la situation de l'agent dans l'emploi. Toutefois, il est toujours laissé à la libre appréciation de l'employeur de saisir l'autorité administrative aux fins d'enquête.
- Sur les conséquences sur la relation de travail, le projet de loi prévoit une procédure de licenciement pour cause réelle et sérieuse si l'employeur est dans l'incapacité de proposer un nouvel emploi compatible avec les décisions de l'autorité administrative. Enfin, cette décision administrative actant l'incompatibilité d'exercice de l'emploi est susceptible de voies de recours devant la juridiction administrative.

¹³ Stéphane Detraz, Un aspect de la protection des infiltrés et des repentis : le délit de révélation d'identité, RSC 2006 p.49.

¹⁴ Conseil d'Etat, Avis du 15 décembre 2016, n° 392480.

Le Défenseur des droits souligne que la procédure d'enquête administrative emporte le risque pour l'employeur de faire droit à des allégations qui pourraient ne pas être fondées et pourraient engendrer un préjudice pour le salarié. Il reviendra donc à l'employeur d'analyser avec discernement la gravité des faits qui seront portés à sa connaissance. Enfin, le Défenseur des droits relève que la procédure proposée prévoit des voies de recours devant la juridiction administrative. Tant que celle-ci ne se sera pas prononcée, il sera impossible pour la juridiction civile de condamner l'employeur pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Toutefois, la rédaction retenue à ce stade ne paraît pas apporter de garanties suffisantes en matière de respect du principe du contradictoire. En effet, si le projet de loi prévoit que le salarié ne peut être licencié qu'après épuisement des voies de recours devant le juge administratif, il ne permet pas au salarié d'être entendu et de présenter ses observations sur les éléments qui lui sont reprochés tant avant ou au cours de l'enquête administrative ou qu'à son issue. L'introduction d'une référence au principe du contradictoire permettrait non seulement de garantir la protection des droits et libertés du salarié mais pourrait également constituer un facteur de sécurité juridique pour son employeur (qui devra supporter le coût du retrait, à titre conservatoire, du salarié de son emploi avec maintien de son salaire).

A cet effet, le législateur pourrait s'inspirer des dispositifs existants de retrait ou de suspension des agréments/habilitations des salariés accédant aux zones de sûreté à accès réglementé aéroportuaires (article R.213-2-1 du code de l'aviation civile) ou aux zones d'accès restreint dans les ports maritimes (article R.5332-39 du code des transports) ou encore du régime de retrait ou de suspension de l'autorisation d'exercice des activités privées de sécurité (article L.612-8 du CSI).

Renforcement de la mesure de contrôle administratif des retours (article 5)

Pendant du dispositif de l'interdiction de sortie du territoire, le contrôle administratif des retours sur le territoire national est régi par les articles L.225-1 à 225-8 du CSI, introduits par la loi du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale. Ces dispositions permettent aux autorités d'imposer une mesure d'assignation à résidence ainsi que d'autres obligations à toute personne qui a quitté le territoire national et dont il existe des raisons sérieuses de penser que ce déplacement a pour but de rejoindre un théâtre d'opérations de groupements terroristes dans des conditions susceptibles de la conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour sur le territoire français.

Cette mesure de police administrative restrictive des droits et libertés a ensuite été renforcée dans la loi du 21 juillet 2016¹⁵, par une augmentation de la durée de la mesure. Celle-ci d'une durée initiale d'un mois est désormais renouvelable deux fois, par décision motivée ; ce qui porte la durée

¹⁵ Loi 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. | 11

maximale de cette mesure à 3 mois. Or, le caractère proportionné de cette durée pose question. Dans son avis du 28 janvier 2016, le Conseil d'Etat considérait que la limitation de la durée à 1 mois non renouvelable rendait ce dispositif proportionné à l'objectif poursuivi.¹⁶

Aux termes de l'article L.225-5 du CSI, lorsque des poursuites judiciaires sont engagées à l'encontre de la personne visée par le contrôle administratif ou lorsque des mesures d'assistance éducative sont ordonnées en application des articles 375 à 375-9 du code civil à l'égard d'un mineur faisant l'objet des mêmes obligations, le ministre de l'intérieur abroge les décisions fixant ces obligations.

L'article 5 du présent projet de loi vient limiter l'abrogation du contrôle administratif aux cas où les poursuites sont engagées pour des faits qualifiés d'actes de terrorisme par les articles 421-1 à 421-6 du code pénal et qu'elles sont accompagnées de mesures privatives ou restrictives de liberté. Cette mesure irait de toute évidence à l'encontre de l'intention du législateur. En effet, lors des débats parlementaires sur la loi du 3 juin 2016, celui-ci souhaitait faire primer l'ouverture d'une procédure judiciaire sur la mesure de police administrative, qu'elle soit ou non liée aux motifs ayant conduit au contrôle administratif, afin qu'il n'y ait pas de « *superposition entre des mesures judiciaires et des mesures administratives* ». Cette garantie devrait être ici maintenue. Par ailleurs, le Défenseur des droits réitère l'ensemble des réserves et recommandations formulées précédemment à l'égard de cette mesure.¹⁷

Armement des agents de sécurité privée exerçant des activités de protection de l'intégrité physique des personnes (article 6)

L'article 6 du projet de loi prévoit que certains agents de sécurité privée pourront être armés. Actuellement, les agents de sécurité privée dont l'activité consiste à protéger l'intégrité physique des personnes ne sont pas armés, conformément à l'article L.613-12 du CSI.¹⁸

En l'état du droit, deux dispositions réglementaires permettent de délivrer des autorisations de port d'arme en vue d'assurer la protection de personnes menacées.

L'article R.315-5 du CSI permet au ministre de l'intérieur d'« *autoriser toute personne exposée à des risques exceptionnels d'atteinte à sa vie, sur sa demande, à porter et transporter une arme de poing* ».

En outre, l'article R.315-6 du même code prévoit que « *le ministre de l'intérieur peut autoriser par arrêté toute personnalité étrangère séjournant en France ainsi que les personnes assurant sa sécurité, sur la demande du gouvernement du pays dont cette personnalité est*

¹⁶ Conseil d'Etat, Avis n° 391004.

¹⁷ Avis du Défenseur des droits n° 16-04 et 16-08.

¹⁸ En revanche, c'est déjà le cas pour ceux qui exercent les activités visées aux alinéas 1, 2 et 4 de l'article L611-1 du CSI ; voir également les articles L613-5, L613-9 et l'article L5442-3 du code des transports. | 12

ressortissante, à détenir, porter et transporter une arme de poing et, dans les limites fixées au 1° de l'article R. 312-47, les munitions correspondantes ».

L'article 6 du projet de loi prévoit, par l'ajout de deux alinéas à l'article L. 613-12 précité, d'ouvrir à ces agents de sécurité privée dont l'activité consiste à protéger l'intégrité physique des personnes la possibilité d'être armés « *lorsqu'ils assurent la protection d'une personne exposée à des risques exceptionnels d'atteinte à sa vie* ». Au regard de ce critère, le ministre de l'intérieur appréciera, au cas par cas, la nécessité d'une telle protection armée. Le nouvel article prévoit qu'un décret en Conseil d'Etat fixera les modalités d'application de cet article, « *notamment les conditions dans lesquelles est délivrée cette autorisation, celles dans lesquelles est vérifiée l'aptitude professionnelle des agents concernés, les catégories et types d'armes susceptibles d'être autorisés, les conditions de leur acquisition et de leur conservation et les conditions dans lesquelles les armes sont portées pendant le service et remises en dehors du service.* »

Le but poursuivi par ces nouvelles dispositions est triple :

- Rendre juridiquement possible l'armement d'agents privés de protection de l'intégrité physique des personnes dans les cas où cet armement est strictement nécessaire pour assurer la protection d'une personne exposée à des risques exceptionnels d'atteinte à sa vie ; car l'administration répond aujourd'hui à ce besoin dans le cadre imparfait de l'article R.315-5 du CSI ;
- Adapter la réglementation à l'évolution de ce secteur d'activités en imposant des garanties fortes d'encadrement ; l'armement des agents de protection de l'intégrité physique des personnes sera strictement encadré en termes de formation initiale et continue : les agents privés concernés feront l'objet de vérifications poussées sur leur aptitude professionnelle et sur leur moralité. Ainsi, ils seront obligatoirement titulaires d'une carte professionnelle spécifique délivrée par le conseil national des activités privées de sécurité (CNAPS). La production d'un certificat médical sera exigée pour attester qu'il n'existe pas, pour les agents concernés, de contre-indication au port d'une arme. Des exigences d'entraînement et de formation continue seront applicables. Enfin, une enquête de moralité sera réalisée à un double niveau : au moment de la délivrance de la carte professionnelle, en application de l'article L. 612-20 du CSI, et au moment de la délivrance de l'autorisation individuelle de port d'arme ;
- Limiter l'intervention, sur le territoire français, d'agents privés étrangers armés.

L'étude d'impact du projet de loi souligne que la possibilité d'armer des agents privés de protection rapprochée existe déjà à l'étranger, notamment aux États-Unis, en Belgique, ou en Allemagne.

Ces nouvelles dispositions, qui confèrent à des agents de sécurité privée une prérogative propre aux forces de l'ordre, particulièrement lourde de conséquences, exigent nécessairement une série de précautions.

Ainsi il semble nécessaire que les dispositions précitées s'appliquent uniquement aux agents ayant anciennement effectué des missions de police ou de gendarmerie, dans la mesure où il

s'agit d'un public formé de longue date à la doctrine d'emploi des armes et doté d'une expérience de terrain. Cela ne reviendrait aucunement à restreindre l'accès à la profession d'agent de protection rapprochée aux anciens policiers et gendarmes, mais à restreindre l'autorisation du port d'arme à cette catégorie d'agents.

Il semble nécessaire que ces agents, outre l'expérience acquise dans leurs anciennes fonctions, soient de nouveau soumis à une formation spécifique avant toute autorisation au port de l'arme, et que cette formation soit dispensée par une structure extérieure aux entreprises dont ils dépendent, dans le cadre de l'intégration des nouveaux agents, mais également en cycle continu, avec une évaluation sur l'exercice du métier.

A cet égard, l'étude d'impact précise que le programme de formation sera défini par le ministre de l'intérieur. En outre, le CNAPS contrôle désormais les organismes de formation. La formation des activités privées de sécurité a été réglementée par la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi. Désormais, les organismes de formation doivent être titulaires d'une autorisation délivrée par le CNAPS, après certification par un organisme indépendant accrédité par le Comité français d'accréditation (COFRAC), au regard d'un cahier des charges fixé par arrêté du ministre de l'intérieur.

Ces garde-fous doivent être salués et nous espérons que le décret fixant les modalités d'application des nouvelles dispositions soit pris très rapidement. Toutefois, il semble nécessaire que ce nouveau cadre s'applique uniquement aux agents ayant anciennement exercé des fonctions de policiers ou de gendarmes, pour les raisons précitées.

Aggravation des peines de l'outrage commis contre les personnes dépositaires de l'autorité publique (article 7)

L'article 7 du projet de loi prévoit que le délit d'outrage commis envers les gendarmes et les policiers soit puni des mêmes peines que le délit d'outrage à magistrat. Ainsi est-il prévu que les peines passent de 6 mois d'emprisonnement et 7 500 euros d'amende à un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende. Lorsque l'outrage est commis en réunion, la peine encourue est également relevée à 2 ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende.

Selon le projet de loi, le durcissement de la répression de l'outrage, s'il porte atteinte à la liberté d'expression, est nécessaire, adapté et proportionné au but poursuivi qui est de protéger la réputation et la dignité des agents dépositaires de l'autorité publique. Toutefois, il n'est pas précisé en quoi ce renforcement de la protection paraît nécessaire, adapté et proportionné.

Sans prendre la mesure des effets que pourrait avoir ce durcissement de la répression, le projet de loi minimise l'accueil de ces nouvelles dispositions dans les prétoires, s'agissant des peines qui seront réellement prononcées, en indiquant que le doublement de la peine est avant tout

symbolique dès lors que, dans les faits, les plafonds actuellement fixés par la loi sont rarement atteints.

Plusieurs conséquences négatives d'une telle répression sont à souligner.

En premier lieu, il apparaît que ce projet de loi vise uniquement à modifier la répression s'agissant de l'outrage visant des personnes dépositaires de l'autorité publique. La répression reste inchangée s'agissant des personnes chargées d'une mission de service public et s'agissant des particuliers victimes d'injure qui ne comprennent pas pourquoi les insultes à leur encontre ne sont punies que d'une contravention de 1^{ère} classe. De plus, si magistrats et force publique exercent tous deux des fonctions régaliennes, ils ne peuvent pas être placés au même plan dès lors que la force publique a pour mission d'assurer la protection des personnes et se doit d'être au service de la population¹⁹ lorsque le magistrat a pour mission de rendre justice. Dès lors, ce durcissement de la répression risque d'avoir pour effet de creuser le fossé déjà existant entre la force publique et la population.

Il convient de souligner ensuite que les personnes poursuivies pour outrage à personne dépositaire de l'autorité publique sont souvent impuissantes à apporter la preuve contraire devant les tribunaux, d'autant plus que les procès-verbaux constatant l'infraction d'outrage sont rédigés la plupart du temps par les fonctionnaires de police qui se prétendent victimes ; si bien que 99,5% des personnes poursuivies pour outrage sont condamnées.

Parallèlement, les plaintes adressées par les particuliers pour dénoncer des atteintes à la liberté individuelle commises par la force publique sur le fondement de l'article 432-4 du code pénal aboutissent dans leur grande majorité à des classements sans suite.

Fabien JOBARD, chercheur au CNRS, auteur d'une étude sur « les infractions à dépositaires de l'autorité publique²⁰ », a affirmé que l'augmentation des infractions commises sur personnes dépositaires de l'autorité publique est le signe manifeste d'une tension croissante entre les administrés et la force publique avec, d'un côté, les policiers qui dénoncent une volonté croissante de révolte contre la puissance établie, de l'autre, des militants qui considèrent que la tension est le signe que l'expression du monopole de la violence physique par l'Etat se radicalise, resserrant ainsi le contrôle social qu'il exerce sur la société et abaissant le seuil de tolérance des incivilités exprimées par les citoyens.

¹⁹ « Placées sous l'autorité du ministre de l'intérieur pour l'accomplissement des missions de sécurité intérieure et agissant dans le respect des règles du CPP en matière judiciaire, la police nationale et la gendarmerie nationale ont pour mission d'assurer la défense des institutions et des intérêts nationaux, le respect des lois, le maintien de la paix et de l'ordre publics, la protection des personnes et des biens. »
Au service des institutions républicaines et de la population, policiers et gendarmes exercent leurs fonctions avec loyauté, sens de l'honneur et dévouement » (article R.434-2 du code pénal).

²⁰Fabien JOBARD, Les infractions à dépositaires de l'autorité publique sont-elles des actes politiques ? : Essai de méthodologie critique, Offerlé M., Le Gall L., Proulx F. La politique sans en avoir l'air, Presses Universitaires de Rennes, pp.261-278, 2012. | 15

Au vu de l'ensemble de ces constatations, la discussion ouverte devant la Commission des lois relative à la répression de l'outrage est l'occasion pour le Défenseur des droits de faire prendre conscience de l'impact négatif de ce délit sur la population et de la nécessité d'encadrer plus strictement sa mise en œuvre par les personnes dépositaires de l'autorité publique, afin de concilier le respect de la dignité du représentant de la force publique et le respect de la population.

Il convient enfin de souligner que le délit d'outrage a été supprimé de la législation de plusieurs Etats comme le Royaume-Uni, l'Italie, les Etats-Unis, l'Argentine, le Pérou et le Paraguay.

Doter les personnels de surveillance affectés dans les équipes de sécurité pénitentiaire de prérogatives afin de permettre leur intervention sur l'ensemble de l'emprise foncière affectée au service public pénitentiaire (article 8)

L'article 8 du projet de loi vise à doter les personnels de surveillance affectés dans les équipes de sécurité pénitentiaire de prérogatives, afin de permettre leur intervention sur l'ensemble de l'emprise foncière affectée au service public pénitentiaire, lorsqu'il existe une ou plusieurs raisons sérieuses de penser que des personnes se préparent à commettre une infraction portant atteinte à la sécurité de l'établissement pénitentiaire. A cet effet, est prévu d'ajouter un nouvel article 12-1 à la loi dite pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009.

Selon les termes de cet article, les personnels de surveillance pourront effectuer un contrôle d'identité, procéder à des palpations de sécurité, à l'inspection visuelle de bagages et à des fouilles.

Le texte prévoit également qu'« En cas de refus de se soumettre au contrôle ou d'impossibilité de justifier de son identité, la personne [...] peut être retenue jusqu'à l'arrivée de l'officier de police judiciaire territorialement compétent ou d'un agent de police judiciaire placé sous son contrôle. Le procureur est immédiatement informé de la retenue et peut y mettre fin à tout moment ».

Le projet de loi confère donc à des agents chargés de la surveillance des détenus des prérogatives coercitives qui relèvent de missions de sécurité publique, à l'égard de personnes non détenues et extérieures à l'établissement. L'attribution de ces nouvelles prérogatives, semblables à celles qu'exercent les forces de police et de gendarmerie, pouvant porter gravement atteinte aux droits et libertés individuelles (liberté d'aller et venir, droit au respect de la dignité), est un choix politique qui emporte nécessairement une série de précautions afin de trouver un équilibre entre objectif de sécurité et garanties des libertés.

Ces contrôles, en visant une infraction, renvoient aux contrôles d'identité dit judiciaires de l'article 78-2 al. 1 du CPP. Ils sont réalisés d'initiative par les personnels pénitentiaires et se fondent sur le comportement de la personne contrôlée. Il ne s'agit en aucun cas d'un contrôle administratif ou préventif susceptible d'être effectué en dehors de tout comportement de la personne. L'agent

auteur de ces mesures devra être en capacité de motiver les raisons de son contrôle par des critères objectifs et extérieurs à toute discrimination.

Le champ d'application de cet article apparaît imprécis au regard des infractions concernées. Le but est de lutter contre les personnes à l'égard desquelles il existe une ou plusieurs raisons sérieuses de soupçonner qu'elles vont ou ont participé/é à des faits de projection à l'intérieur des établissements pénitentiaires de biens, matériels ou substances interdites en détention ou parloirs sauvages. Les termes du projet de loi semblent recouvrir une réalité plus large et aux contours mal définis en recourant à la notion d'« *infraction portant atteinte à la sécurité de l'établissement pénitentiaire* ».

Le champ d'application semble également imprécis au regard du périmètre géographique visé. Il doit encore être défini par décret en Conseil d'Etat : il semblerait que la notion « *d'abords immédiats* » ait été exclue au profit de la notion de « *emprise foncière affectée au service public* » et que les établissements qui se situent en ville en soient exclus.

Le Défenseur des droits souhaite qu'une définition plus précise des infractions visées soit introduite dans le texte. De plus, il conviendrait de prévoir dans le code de déontologie des personnels pénitentiaires l'obligation pour ces derniers de préciser les circonstances, les motifs, et les critères objectifs de sélection d'un citoyen qui se verrait obligé de se soumettre à de telles contraintes.

Le Défenseur des droits a pu remarquer que les problématiques soulevées par ce type de procédures étaient sources de tensions entre les citoyens et les forces de l'ordre (police et gendarmerie). En effet, ces interventions lorsqu'elles sont réalisées par les forces de l'ordre sont à l'origine d'incidents parfois graves.

Compte tenu du nombre de personnes susceptibles d'être contrôlées ou seulement concernées par ces nouvelles prérogatives dans un milieu déjà sensible qu'est le milieu carcéral, il existe un risque très sérieux de multiplication des incidents, voire de troubles à l'ordre public qu'il convient de ne pas négliger.

Le code de déontologie des personnels pénitentiaires devra comporter en conséquence un titre sur les devoirs du personnel de l'administration pénitentiaire dans les relations avec les personnes extérieures à la détention, lequel doit prévoir a minima : que les agents doivent se comporter de manière respectueuse à l'égard des personnes extérieures, d'autant que les personnes non détenues sont soumises à d'autres mesures de sécurité lorsqu'elles pénètrent dans l'établissement ; ils doivent respecter la dignité des personnes lorsqu'ils recourent à des mesures de contrainte ; s'ils sont amenés à retenir une personne dans l'exercice de leurs pouvoirs, ils ne peuvent faire usage de la force que dans le cadre fixé par la loi, seulement en cas de nécessité et de façon proportionnée au but à atteindre ou à la gravité de la menace.

L'administration pénitentiaire devra apporter une attention toute particulière à la mise en œuvre de ces nouvelles prérogatives policières et afin d'assurer un équilibre entre exigences de sécurité

et respect des libertés, par la mise en place de formations, de sensibilisation, et de contrôles rigoureux.

En termes de contrôle et d'évaluation de ces nouvelles prérogatives, l'administration pénitentiaire devra être en mesure d'en assurer la traçabilité, laquelle permettrait de s'assurer que la personne contrôlée reçoive des explications sur les motifs du contrôle, de la palpation ou de la fouille et d'en évaluer l'efficacité et le déroulement.

L'exemple récent du transfert à l'administration pénitentiaire des escortes de détenus, jusque-là réalisées par les policiers et gendarmes, laisse dubitatif sur la faisabilité de cette nouvelle mission, en terme de compétence et de moyens.

Jacques TOUBON