
BMA Bulletin Mensuel d'Actualités du CRISP

N° 39 – 2018

Sommaire

L'édito	p. 3
L'article du mois	p. 6
L'actualité	p. 14
La fiche métier du mois	p. 24
Les vidéos et les podcasts	p. 26

The logo for CRISP, with 'CR' in red and 'ISP' in black, set against a black horizontal bar above and below.

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation

Actualités, réflexions et controverses dans le domaine des sciences juridiques et humaines

Clefs et vecteurs de réussite aux concours préparés par l'ISP.

The logo for GROUPE ISP, with 'GROUPE' in a smaller font above 'ISP' in a larger font, both in black, with horizontal bars above and below.

L'article du mois

Présentation de la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes

La loi du 3 août 2018 n° 2018-703 du 3 août 2018, renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, procède à **la création de nouvelles incriminations (I.)** ainsi qu'à **l'adaptation de la réponse pénale déjà existante (II.)**. Cette loi a été publiée au *Journal officiel* le 5 août 2018, de sorte qu'en application des dispositions de l'article 1^{er} du Code civil, à défaut de dispositions transitoires contraires, elle est entrée en vigueur le 6 août 2018.

Par Oliver Bachelet

CRISPcrisp@prepa-isp.fr**Président du CRISP**

Philippe MAZET

philippe.mazet@prepa-isp.fr**Rédacteur en chef**

Franck TOURET

franck.touret@prepa-isp.fr**Comité scientifique**

Jacob BERREBI

jacob.berrebi@prepa-isp.fr

Matthieu THAURY

matthieu.thaury@prepa-isp.fr**Directrice Générale ISP**

Julie HABERMAN

julie.haberman@prepa-isp.fr**Groupe ISP****Institut Supérieur de Préparation**

18 rue de Varenne

75007 PARIS

01.42.22.30.60

<http://www.prepa-isp.fr>

RCS Paris 331 302 877



L'ISP est ouvert du lundi au vendredi de 9h30 à 18h30 et le samedi de 10h à 13h

Métro 12 : Rue du Bac ou Sèvres Babylone

Métro 10 : Sèvres Babylone

— ou —

Bus : 68, 69, 83, 84, 94

Vous voulez passer les examens de l'avocature, de la magistrature ou passer les grands concours de la fonction publique, l'ISP propose, depuis plus de 30 ans, des formations dédiées et éprouvées.

LES FORMATIONS DE L'INSTITUT SUPERIEUR DE PREPARATION SUR :<http://www.prepa-isp.fr>**Proposez-nous vos articles**

Le bulletin du CRISP est susceptible de publier vos articles de fond ou commentaires. Toute personne intéressée doit contacter le rédacteur en chef Franck TOURET (crisp@prepa-isp.fr) afin de lui proposer le thème et un résumé de sa proposition d'article (15 lignes maximum). Après avis favorable du rédacteur en chef et fixation d'un délai de remise, l'article sera soumis au Comité scientifique qui donnera une réponse dans les 15 jours.

L'édito

Après 60 années d'existence, et si l'on appliquait la Constitution ?

L'affaire Benalla aura donc eu raison, au moins temporairement, du projet de réforme des institutions initié au printemps par le Gouvernement. S'il a laissé entendre qu'il n'avait pas renoncé à faire réviser la Constitution, le Président de la République a dû concéder un nouveau calendrier puisque le projet de révision ne devrait pas être examiné par l'Assemblée nationale avant le mois de janvier 2019. L'hypothèse d'une réforme *a minima*, consistant à ne faire adopter par le Parlement que les dispositions qui relèvent de la loi ordinaire ou de la loi organique a même pu être évoquée par Richard Ferrand au moment où il dirigeait encore la majorité. Il faut admettre que les dispositions les plus emblématiques du projet de réforme pourraient être adoptées sans procéder à la vingt-cinquième révision de la Constitution de 1958. Il en va ainsi, notamment, de la réduction de 30% du nombre de parlementaires, de l'introduction d'une dose de proportionnelle pour les élections législatives ou encore de la limitation dans le temps du cumul des mandats. Encore faut-il avoir conscience que ces modifications risquent de poser des difficultés si elles ne sont pas accompagnées de certains ajustements constitutionnels. A titre d'exemple, il serait difficile de réduire le nombre de députés à 404 et celui des sénateurs à 244 sans réduire concomitamment le nombre de parlementaires requis pour saisir le Conseil constitutionnel, actuellement fixé à 60. Or cette réduction passe nécessairement par une modification de la loi fondamentale...

Au-delà de l'aspect factuel, qui ne nous intéressera pas ici, les circonstances de ce report ne manquent pas d'ironie. L'affaire Benalla révèle en effet le principal point faible de nos institutions, à savoir l'absence de véritable contrôle de l'action présidentielle et souligne, par là même, les limites de l'approche retenue par l'Exécutif dans le cadre de son projet de réforme. Ce dernier, outre quelques dispositions consensuelles, mais pas forcément anodines, comme la suppression du mot « race » dans la Constitution ou l'inscription de la lutte contre le réchauffement climatique en son article 1^{er}, vise essentiellement le Parlement. Moins de parlementaires, une plus grande maîtrise gouvernementale de l'ordre du jour, un encadrement accru du droit d'amendement et une accélération de la navette parlementaire... Tout se passe comme si les insuffisances de nos institutions trouvaient leur siège au Palais Bourbon ou au Palais du Luxembourg et non à l'Élysée. Le régime souffrirait ainsi d'un Parlement trop divisé, abusant de ses pouvoirs et qui coûte cher par le trop grand nombre de ses membres... La réalité est pourtant toute autre. La difficulté principale de la Cinquième République réside dans le présidentielisme, affirmé dès l'accession du Général de Gaulle à la présidence de la République en 1958 et amplifié, d'abord par le changement du mode d'élection du chef de l'État en 1962, puis par l'introduction du quinquennat en 2000. Le Président de la République, fort de sa légitimité démocratique peut agir en dehors de tout contrôle efficace et concentre l'essentiel des pouvoirs. Tel est le mal profond dont souffrent nos institutions. Il avait déjà été mis en exergue dans les premières années du nouveau régime par un certain François Mitterrand qui devait toutefois oublier son analyse à compter de 1981 : le Parlement ne contrôle que le Gouvernement lequel, hors cohabitation, ne décide pas de la politique du pays. Un Président de la République « qui décide de tout mais n'est responsable de rien ! » avait pu dire François Hollande en 2011 qui, lui-même, en ne briguant

pas un second mandat, s'est pourtant soustrait au seul mécanisme de responsabilité politique disponible sous la Cinquième République, à savoir le suffrage universel. Ce même François Hollande qui a cru bon de proposer récemment la suppression pure et simple du Premier ministre, impliquant en réalité le passage à un régime présidentiel. Au-delà de ses mérites et inconvénients, cette proposition a au moins le mérite de recentrer le débat sur le sujet essentiel qui est celui de la place du Président de la République au sein des institutions. Car s'il est vrai que le Président américain n'est pas non plus responsable devant le Congrès, sauf le cas très improbable d'une procédure d'Impeachment, au moins voit-il ses pouvoirs bornés par un Parlement qui contrôle ses nominations, dont les commissions d'enquête sont puissantes et qui, soustrait au fait majoritaire, est susceptible de résister à l'Exécutif. Un Président puissant face à un Parlement puissant... La révision constitutionnelle de 2008 a bien tenté d'atteindre cet objectif en dotant les assemblées de nouvelles prérogatives mais l'initiative était vouée à l'échec, neutralisée par le fait majoritaire.

La priorité est-elle, alors, de réformer, à nouveau, le Parlement ? Est-elle de supprimer les membres de droit du Conseil constitutionnel qui, en pratique, ne siègent guère, à l'exception de Valéry Giscard d'Estaing ? Il est permis d'en douter. Bien sûr, le projet de réforme comporte des aspects plus propices à un développement des contre-pouvoirs. L'autorité judiciaire disposerait ainsi de garanties d'indépendance renforcées et l'introduction d'une dose, « homéopathique », de proportionnelle aux élections législatives pourrait permettre de renforcer la représentativité de l'Assemblée nationale. Mais aucune de ces modifications n'est de nature à répondre à l'enjeu principal : comment contrôler un Président dont on pourrait se demander s'il n'est pas aujourd'hui, à l'instar de ce que Guy Carcassonne avait pu dire du Parlement des Troisième et Quatrième Républiques, « à la fois tout puissant et impuissant ».

Faut-il alors une Sixième République ? La tradition française qui consiste à réécrire intégralement une Constitution pour remédier aux dysfonctionnements de l'Etat comporte ses limites. A trop attendre d'un texte qu'il permette le bon fonctionnement des pouvoirs publics voire, si possible, l'établissement d'une société plus démocratique et plus juste, on est nécessairement déçu... Cette démarche est d'autant moins utile que la Cinquième République comporte en elle-même une solution, révélée par les périodes de cohabitation : le régime parlementaire ! Dans ce régime, le Gouvernement gouvernerait, dirigé par un Premier ministre puissant mais sous le contrôle du Parlement et le Président de la République exercerait une fonction d'arbitre et conserverait une influence essentielle s'agissant des questions régaliennes comme la diplomatie ou l'armée. Certes les abus de la cohabitation ont pu être dénoncés mais ne pourrait-on envisager une telle pratique institutionnelle hors cohabitation, c'est-à-dire sans faire coexister deux adversaires politiques au sommet de l'Etat ? En l'état actuel, c'est-à-dire tant que le Président de la République sera élu au suffrage universel pour cinq ans avant les députés, la réponse est clairement négative. Seuls deux moyens permettraient d'atteindre cet objectif. Le premier serait la suppression de l'élection présidentielle au suffrage universel. N'étant plus élu directement par le peuple, le Président ne serait plus en situation de gouverner le pays. Disons-le clairement, cette mesure serait immanquablement perçue comme une régression démocratique et n'a, par là-même, aucune chance d'aboutir. Le second moyen consisterait, plus modestement, à inverser l'ordre des élections législatives et présidentielles. Le Président serait toujours élu par le peuple mais après les députés. Il ne pourrait alors plus dire : « vous devez votre siège à ma victoire ! » mais

se retrouverait, au contraire, face à une majorité déjà constituée et un Premier ministre déjà en place. Ce dernier ayant conduit son camp à la victoire aux élections législatives aura commencé à gouverner le pays, conformément à la lettre des articles 20 et 21 de la Constitution. Cela permettrait également au peuple de choisir, dans un second temps, un Président moins « marqué » politiquement, moins clivant pour reprendre une terminologie des spécialistes de la communication, mais susceptible d'incarner la Nation. Car la Cinquième République souffre aussi de l'absence d'une institution symbolisant l'unité nationale, comme cela peut être le cas du Président fédéral allemand ou de certains monarques constitutionnels. L'intérêt serait aussi, contrairement au schéma de la cohabitation, de s'épargner le spectacle d'un affrontement permanent entre les deux têtes de l'Exécutif. Le chef de l'Etat deviendrait enfin l'arbitre qu'il était censé être, à la lettre de l'article 5 de la Constitution et conserverait par ailleurs des attributions qui sont de nature à assurer son influence : présidence du conseil des ministres, signature des ordonnances et des décrets, dissolution de l'Assemblée nationale, saisine du Conseil constitutionnel, droit de message etc.

Et si 60 ans après la Cinquième République était enfin appliquée !

Matthieu THAURY
*Professeur de droit public
à l'ISP*

L'article du mois

Présentation de la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes

La loi du 3 août 2018 n° 2018-703 du 3 août 2018, renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, procède à **la création de nouvelles incriminations** (I.) ainsi qu'à **l'adaptation de la réponse pénale déjà existante** (II.). Cette loi a été publiée au *Journal officiel* le 5 août 2018, de sorte qu'en application des dispositions de l'article 1^{er} du Code civil, à défaut de dispositions transitoires contraires, elle est entrée en vigueur le 6 août 2018.

I. – La création de nouvelles incriminations

La loi n° 2018-703 du 3 août 2018, renforçant la lutte contre les violences sexuelles, et sexistes créé trois incriminations : l'outrage sexiste, d'une part, le voyeurisme portant sur les « *parties intimes* », d'autre part, et l'administration de substances nuisibles à des fins sexuelles, enfin.

A. **L'outrage sexiste**

Le nouvel article 621-1 du Code pénal, tel qu'inséré par l'article 15 de la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, dispose :

« I. - Constitue un outrage sexiste le fait, hors les cas prévus aux articles 222-13, 222-32, 222-33 et 222-33-2-2, d'imposer à une personne tout propos ou comportement à connotation sexuelle ou sexiste qui soit porte atteinte à sa dignité en raison de son caractère dégradant ou humiliant, soit créé à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante.

II. - L'outrage sexiste est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 4^e classe. Cette contravention peut faire l'objet des dispositions du code de procédure pénale relatives à l'amende forfaitaire, y compris celles concernant l'amende forfaitaire minorée.

III. - L'outrage sexiste est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe lorsqu'il est commis :

1° Par une personne qui

abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ;

2° Sur un mineur de quinze ans ;

3° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur ;

4° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de son auteur ;

5° Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ;

6° Dans un véhicule affecté au transport collectif de voyageurs ou dans un lieu destiné à l'accès à un moyen de transport collectif de voyageurs ;

7° En raison de l'orientation sexuelle, vraie ou supposée, de la victime.

La récidive de la contravention prévue au présent III est réprimée conformément au premier alinéa de l'article 132-11.

IV. - Les personnes coupables des contraventions prévues aux II et III du présent article encourent également les peines complémentaires suivantes :

1° L'obligation d'accomplir, le cas échéant à leurs frais, un stage de lutte contre le sexisme et de sensibilisation à l'égalité entre les femmes et les hommes ;

2° L'obligation d'accomplir, le cas échéant à leurs frais, un stage de citoyenneté ;

Olivier BACHELET
Magistrat
Professeur de droit pénal
et procédure pénale à l'ISP

3° *L'obligation d'accomplir, le cas échéant à leurs frais, un stage de sensibilisation à la lutte contre l'achat d'actes sexuels ;*

4° *L'obligation d'accomplir, le cas échéant à leurs frais, un stage de responsabilisation pour la prévention et la lutte contre les violences au sein du couple et les violences sexistes ;*

5° *Dans le cas prévu au III, un travail d'intérêt général pour une durée de vingt à cent vingt heures ».*

Cette nouvelle incrimination, de nature contraventionnelle, reprend l'une des formes du harcèlement sexuel définie, aux termes de l'article 222-33 du Code pénal, comme « *le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle ou sexiste qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante* ». Le critère de distinction entre ces deux incriminations réside donc dans le caractère habituel du harcèlement.

Cette nouvelle incrimination, à la lecture des travaux préparatoires, est destinée à apporter « *une réponse pénale claire à un ensemble de comportements relevant aujourd'hui d'une zone grise que les règles de vie en société prohibent mais que la législation n'interdi[sait] pas expressément (sifflements, présence envahissante et opprimante, questions intrusives sur la vie sexuelle de la personne, invitations insistantes, etc.)* ».

B. Le voyeurisme portant sur les « parties intimes »

Le nouvel article 226-3-1 du Code pénal, tel qu'inséré par l'article 16 de la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, dispose :

« Le fait d'user de tout moyen afin d'apercevoir les parties intimes d'une personne que celle-ci, du fait de son habillement ou de sa présence dans un lieu clos, a caché à la vue des tiers, lorsqu'il est commis à l'insu ou sans le consentement de la personne, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende.

Les faits mentionnés au premier alinéa sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 euros d'amende :

1° *Lorsqu'ils sont commis par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ;*

2° *Lorsqu'ils sont commis sur un mineur ;*

3° *Lorsqu'ils sont commis sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur ;*

4° *Lorsqu'ils sont commis par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ;*

5° *Lorsqu'ils sont commis dans un véhicule affecté au transport collectif de voyageurs ou dans un lieu destiné à l'accès à un moyen de transport collectif de voyageurs ;*

6° *Lorsque des images ont été fixées, enregistrées ou transmises ».*

Cette nouvelle incrimination permet de satisfaire le principe de légalité en ce que les comportements visés ne pouvaient, jusque-là, donner lieu à une qualification pénale qu'au moyen d'une déformation de la définition de certaines infractions préexistantes telles que les délits d'atteinte à la vie privée, prévus par les articles 226-1 et suivants du Code pénal, ou les infractions de violences volontaires. Il est à noter que, même si certains rattachent cette incrimination à la répression du « *upskirting* », le nouveau délit peut s'appliquer, non seulement au fait de fixer, d'enregistrer ou de transmettre des images, mais aussi au simple fait d'apercevoir les « *parties intimes d'une personne* » – ce qui ne concerne donc pas exclusivement les dessous d'une jupe –, étant rappelé que, conformément aux dispositions de l'article 226-5 du Code pénal, la tentative est punissable. En outre, à la différence des atteintes à la vie privée prévues par les articles 226-1 à 226-2-1 du Code pénal, le nouveau délit peut donner lieu à l'engagement de poursuites par le parquet indépendamment de l'existence d'une plainte préalable de la victime, de son représentant légal ou de ses ayants droit (voir, à ce propos, le champ d'application limité de l'article 226-6 du Code pénal)

C. L'administration de substances nuisibles à des fins sexuelles

Le nouvel article 222-30-1 du Code pénal, tel qu'inséré par l'article 3 de la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, dispose :

« Le fait d'administrer à une personne, à son insu, une substance de nature à altérer son discernement ou le contrôle de ses actes afin de commettre à son égard un viol ou une agression sexuelle est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende.

Lorsque les faits sont commis sur un mineur de quinze ans ou une personne particulièrement vulnérable, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100.000 euros d'amende ».

Cette nouvelle incrimination doit être mise en corrélation avec les dispositions de l'article 222-15 du Code pénal relatives au délit d'administration de substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui. À cet égard, il convient de souligner, en premier lieu, qu'à la différence du délit d'administration de substances nuisibles, qui est infraction matérielle au sens de l'élément matériel, la nouvelle incrimination est une infraction formelle qui n'exige pas la survenance d'un résultat dommageable pour la victime. Comme en matière d'empoisonnement (article 221-5 du Code pénal), seule l'administration de la substance est exigée pour la caractérisation de l'élément matériel de l'infraction, étant souligné que la tentative est punissable conformément aux dispositions de l'article 222-31 du Code pénal, telles que modifiées par la loi du 3 août 2018. En second lieu, il convient également de rappeler que, dans l'hypothèse de la survenance d'un dommage pour la victime, il y a lieu de mettre en œuvre les dispositions qui prévoient la répression la plus haute, de sorte que, par exemple, en présence d'une mutilation ou d'une infirmité permanente, il convient de faire application des dispositions de l'article 222-9 du Code pénal qui fulminent des peines de dix ans d'emprisonnement et de 150.000 euros d'amende.

II. – L'adaptation de la réponse pénale préexistante

Seule la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes opère une adaptation de la réponse pénale préexistante, cette adaptation portant à la fois sur le droit pénal et la procédure pénale.

A. L'adaptation du droit pénal

1. Les dispositions relatives à la répression d'infractions non-sexuelles

a. les dispositions relatives à la définition des incriminations

En premier lieu, l'article 11 de la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes élargit le champ d'application du délit de harcèlement moral en ajoutant, après le premier alinéa de l'article 222-33-2-2 du Code pénal trois alinéas ainsi rédigés :

« L'infraction est également constituée :

a) Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime par plusieurs personnes, de manière concertée ou à l'instigation de l'une d'elles, alors même que chacune de ces personnes n'a pas agi de façon répétée ;

b) Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime, successivement, par plusieurs personnes qui, même en l'absence de concertation, savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition ».

L'objectif poursuivi par le législateur est de réprimer les faits de cyber harcèlement résultant de « raids numériques » réalisés par plusieurs personnes agissant de façon concertée ou en sachant qu'existent d'autres comportements identiques.

En second lieu, l'article 1^{er} de la loi modifie la définition, posée par l'article 434-3 du Code pénal, du délit de non-dénonciation de privations, de mauvais traitements ou d'agressions ou atteintes sexuelles infligés à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge,

d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse, en incriminant le fait, non seulement de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives, mais aussi « de continuer à ne pas informer ces autorités tant que ces infractions n'ont pas cessé ».

b. les dispositions relatives aux peines encourues

Plusieurs dispositions de la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes concernent les peines encourues pour des infractions ne présentant pas un caractère sexuel.

En premier lieu, l'article 13 de la loi modifie les dispositions de l'article 132-80 du Code pénal qui prévoit désormais que, dans les cas respectivement prévus par la loi ou le règlement, les peines encourues pour un crime, un délit ou une contravention sont aggravées lorsque l'infraction est commise par le conjoint, le concubin ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité, « y compris lorsqu'ils ne cohabitent pas ». Cette modification du texte est destinée à mettre un terme à la pratique judiciaire aux termes de laquelle l'effet d'aggravation ne peut s'appliquer en présence de concubins qui ne cohabitent pas. Néanmoins, il est possible de s'interroger sur la rigueur d'une telle évolution législative sachant que l'article 515-8 du Code civil définit le concubinage comme l'« union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple », ce qui peut être interprété comme impliquant une cohabitation. Il s'agit là d'une nouvelle manifestation de l'autonomie du droit pénal qui devrait permettre de faire application de la circonstance aggravante en présence d'une relation suffisamment stable en termes de durée, indépendamment de l'existence d'un domicile commun.

En deuxième lieu, l'article 13 de la loi modifie les dispositions du Code pénal relatives aux circonstances aggravantes applicables en matière de violences. Ainsi, désormais, lorsque les violences sont commises « alors qu'un mineur

assiste aux faits et que ceux-ci sont commis par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité ou, si la victime est mineure, par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur le mineur victime », les peines sont portées à :

- trente ans de réclusion criminelle, en matière de violences mortelles (article 222-8 du Code pénal) ;
- vingt ans de réclusion criminelle, en matière de violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente (article 222-10 du Code pénal) ;
- dix ans d'emprisonnement et 150.000 euros d'amende, en matière de violences ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours (article 222-12 du Code pénal) ;
- cinq ans d'emprisonnement et à 75.000 euros d'amende, en matière de violences ayant entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité de travail (article 222-13, alinéa 25, du Code pénal).

En outre, un effet d'aggravation similaire est prévu en matière de harcèlements moral et au sein du couple. Ainsi, lorsque les faits « ont été commis alors qu'un mineur était présent et y a assisté », les peines sont portées à :

- cinq ans d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende, en matière de harcèlement au sein du couple (article 222-32-2-1 du Code pénal) ;
- deux ans d'emprisonnement et de 30.000 euros d'amende, en matière de harcèlement moral (article 222-33-2-2 du Code pénal).

L'objectif de ces nouvelles dispositions est de mieux prendre en compte l'impact des violences et harcèlements conjugaux et intra-familiaux sur les mineurs qui y assistent, conformément à l'article 46 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique du 11 mai 2011, ratifiée par la France en 2014.

En troisième lieu, l'article 11 de la loi étend le champ de l'aggravation des peines en matière de harcèlement moral, prévue par l'article 222-33-2-2 du Code pénal à l'hypothèse de faits commis, non seulement par l'utilisation d'un service de communication au public en ligne, mais aussi « *par le biais d'un support numérique ou électronique* » (par exemple, au regard des travaux parlementaires, les plateformes, réseaux sociaux ou blogs).

En quatrième lieu, l'article 5 de la loi aggrave la répression du délit d'omission de porter secours en insérant un nouvel alinéa à l'article 223-6 du Code pénal aux termes duquel « *les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et 100.000 euros d'amende lorsque le crime ou le délit contre l'intégrité corporelle de la personne mentionnée au premier alinéa est commis sur un mineur de quinze ans ou lorsque la personne en péril mentionnée au deuxième alinéa est un mineur de quinze ans* ».

Un effet d'aggravation similaire est prévu en matière de non-dénonciation de privations, de mauvais traitements ou d'agressions ou atteintes sexuelles infligés à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse puisque l'article 434-3 du Code pénal est complété par un alinéa aux termes duquel, « *lorsque le défaut d'information concerne une infraction mentionnée au premier alinéa commise sur un mineur de quinze ans, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 75.000 euros d'amende* ».

2. Les dispositions relatives à la répression des infractions sexuelles

a. les dispositions relatives à la répression des infractions sexuelles sur toute personne

➤ **les dispositions relatives aux incriminations**

En premier lieu, l'article 2 de la loi modifie la définition du crime de viol, prévue par l'article 222-23 du Code pénal, qui désormais consiste en tout acte de pénétration sexuelle, de quelque

nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui « *ou sur la personne de l'auteur* » par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol. Cette modification législative est destinée à élargir le champ de l'incrimination qui ne pouvait jusque-là, en application du principe de l'interprétation stricte de la loi, s'appliquer à l'hypothèse, par exemple, de la personne qui oblige un homme à se faire pratiquer une fellation (Cass. crim., 22 août 2001, n° 01-84.024).

En deuxième lieu, l'article 11 de la loi modifie la définition du délit d'exhibition sexuelle dont le champ d'application est élargi aux propos ou comportements à connotation sexiste, ce qui renvoie à ce qui est évoqué dans les travaux préparatoires relatifs à l'outrage sexiste (sifflements, commentaires lourds, présence envahissante et opprimante, questions intrusives sur la vie sexuelle de la personne, invitations insistantes, etc.). En outre, comme en matière de harcèlement moral (article 222-33-2-2 du Code pénal), le même article 11 de la loi modifie la définition du délit de harcèlement sexuel en ajoutant à l'article 222-33 du Code pénal trois alinéas ainsi rédigés :

« *L'infraction est également constituée :*

1° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime par plusieurs personnes, de manière concertée ou à l'instigation de l'une d'elles, alors même que chacune de ces personnes n'a pas agi de façon répétée ;

2° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime, successivement, par plusieurs personnes qui, même en l'absence de concertation, savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition ».

Là aussi, comme le mentionnent les travaux préparatoires, il s'agit de répondre à l'évolution des comportements de harcèlement, en particulier s'agissant des « *raids numériques* ».

En troisième lieu, l'article 2 de la loi étend le champ d'application de la « *surqualification* » d'inceste aux victimes majeures (article 222-31-1 du Code pénal).

➤ **les dispositions relatives aux peines**

En premier lieu, l'article 13 de la loi ajoute une circonstance aggravante aux infractions de viols et d'agressions sexuelles visant l'hypothèse où « *une substance a été administrée à la victime, à son insu, afin d'altérer son discernement ou le contrôle de ses actes* ». Ainsi, en présence d'une telle circonstance aggravante, les peines sont portées à :

- vingt ans de réclusion criminelle, en matière de viol (article 222-24, 15°, du Code pénal) ;
- dix ans d'emprisonnement et 150.000 euros d'amende, en matière d'agressions sexuelles imposées à une personne dont la particulière vulnérabilité est apparente ou connue de son auteur (article 222-30, 8°, du Code pénal) ;
- sept ans d'emprisonnement et 100.000 euros d'amende en matière d'agressions sexuelles (article 222-28, 11°, du Code pénal).

En deuxième lieu, le même article 13 de la loi ajoute une circonstance aggravante aux infractions de viol, d'agressions sexuelles et de harcèlement sexuel visant l'hypothèse où « *un mineur était présent au moment des faits et y a assisté* ». Ainsi, en présence d'une telle circonstance aggravante, les peines sont portées à :

- vingt ans de réclusion criminelle, en matière de viol (article 222-24, 14°, du Code pénal) ;
- sept ans d'emprisonnement et 100.000 euros d'amende en matière d'agressions sexuelles (article 222-28, 10°, du Code pénal).
- trois ans d'emprisonnement et 45.000 euros d'amende en matière de harcèlement sexuel (article 222-33, avant-dernier alinéa, du Code pénal).

En outre, en matière de harcèlement sexuel, les mêmes peines de trois ans d'emprisonnement et 45.000 euros d'amende sont désormais encourues lorsque les faits ont été commis, soit « *par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* » (article 222-33, dernier alinéa, du Code pénal), soit « *par le biais d'un support numérique ou électronique* » (article 222-33, alinéa 13, du Code pénal).

En troisième lieu, l'article 7 de la loi complète la définition de la circonstance aggravante liée à la vulnérabilité de la victime en matière de viol et d'agressions sexuelles. Désormais, cet état de vulnérabilité de la victime peut, non seulement être dû à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, mais aussi résulter « *de la précarité de sa situation économique ou sociale [lorsqu'elle] est apparente ou connue de son auteur* » (articles 222-24 et 222-29 du Code pénal).

En quatrième lieu, l'article 14 de la loi étend le champ d'application de la circonstance aggravante des agressions sexuelles tenant à l'existence d'une blessure ou d'une lésion à la situation de l'« *incapacité totale de travail supérieure à huit jours* ».

b. les dispositions relatives à la répression des infractions sexuelles sur les mineurs

En premier lieu, l'article 2 de la loi modifie l'article 222-22-1 du Code pénal relatif à la définition de la contrainte et de la surprise dans le viol et les agressions sexuelles. Ce texte dispose désormais :

« La contrainte prévue par le premier alinéa de l'article 222-22 peut être physique ou morale.

Lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur, la contrainte morale mentionnée au premier alinéa du présent article ou la surprise mentionnée au premier alinéa de l'article 222-22 peuvent résulter de la différence d'âge existant entre la victime et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur la victime, cette autorité de fait pouvant être caractérisée par une différence d'âge significative entre la victime mineure et l'auteur majeur.

Lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur de quinze ans, la contrainte morale ou la surprise sont caractérisées par l'abus de la vulnérabilité de la victime ne disposant pas du discernement nécessaire pour ces actes ».

Cette nouvelle rédaction désigne certaines circonstances de fait sur lesquelles le juge peut se fonder pour caractériser la contrainte ou la surprise dans le cadre de la qualification pénale de viol ou d'agression sexuelle. Selon les travaux préparatoires, ladite nouvelle rédaction « *ne modifiant pas les éléments constitutifs du viol et des autres agressions sexuelles, elle s'appliquera immédiatement, y compris aux faits antérieurs à la loi, permettant de couvrir des faits anciens* ». Plusieurs notions juridiques sont ainsi mobilisées, en particulier celle de discernement, généralement définie comme l'aptitude à distinguer le bien du mal qui, apparaissant chez le mineur à l'âge de raison, le rend capable de s'obliger.

En deuxième lieu, le même article 2 de la loi aggrave les peines encourues en matière d'atteintes sexuelles en modifiant la rédaction de l'article 227-25 du Code pénal qui dispose désormais :

« Hors le cas de viol ou de toute autre agression sexuelle, le fait, par un majeur, d'exercer une atteinte sexuelle sur un mineur de quinze ans est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100.000 euros d'amende ».

Rappelons qu'avant la loi nouvelle, les mêmes faits faisaient encourir cinq ans d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende.

B. L'adaptation de la procédure pénale

1. Les dispositions relatives à la prescription

L'article 1^{er} de la loi modifie les dispositions de l'article 7 du Code de procédure pénale en y insérant un nouvel alinéa aux termes duquel :

« L'action publique des crimes mentionnés à l'article 706-47 du présent Code, lorsqu'ils sont commis sur des mineurs, se prescrit par trente années révolues à compter de la majorité de ces derniers ».

Ces nouvelles dispositions s'appliquent aux faits commis avant leur entrée en vigueur, conformément aux dispositions de l'article 112-2, 4°, du Code pénal, sous réserve que la prescription ne soit pas déjà acquise au moment de leur entrée en vigueur.

Il convient ici de rappeler que l'article 706-47 du Code de procédure pénale est relatif à la liste des infractions donnant lieu à la mise en œuvre de la procédure applicable aux infractions de nature sexuelle et destinée à la protection des mineurs victimes. Sont, en particulier, concernées les infractions de viol, d'agressions sexuelles et d'atteintes sexuelles, mais aussi d'autres infractions dont la liste a été étendue par la loi du 3 août 2018. Ainsi, la procédure spéciale – et le délai allongé de prescription de l'action publique – s'applique désormais à tout meurtre ou assassinat commis sur un mineur, sans qu'il soit nécessaire d'établir qu'ils ont précédés ou accompagnés d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie, et aux crimes de violences sur un mineur de quinze ans ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente. Soulignons que cet allongement du délai de prescription de l'action publique ne concerne que les crimes et non les délits.

2. Les dispositions relatives à la procédure d'assises

L'article 2 de la loi modifie les dispositions du Code de procédure pénale relative à procédure d'assises. Ainsi, désormais, l'article 351 dudit Code dispose :

« S'il résulte des débats que le fait comporte une qualification légale autre que celle donnée par la décision de mise en accusation, le président pose une ou plusieurs questions subsidiaires.

Lorsque l'accusé majeur est mis en accusation du chef de viol aggravé par la minorité de quinze ans de la victime, le président pose la question subsidiaire de la qualification d'atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans si l'existence de violences ou d'une contrainte, menace ou surprise a été contestée au cours des débats ».

Par ailleurs, un nouvel article 351-1 est inséré dans le même Code aux termes duquel :

« Le président ne peut poser une ou plusieurs questions prévues aux articles 350 ou 351 que s'il en a préalablement informé les parties au cours des débats et au plus tard avant le réquisitoire, afin de permettre à l'accusé et à son avocat de

faire valoir toutes les observations utiles à sa défense ».

À la lecture des travaux préparatoires, il apparaît que ces nouvelles dispositions sont destinées à éviter la correctionnalisation de faits criminels en imposant une question subsidiaire obligatoire sur la qualification d'atteintes sexuelles : au cours d'un procès pour viol aggravé, s'il n'a pas été possible d'établir l'existence des éléments constitutifs de l'infraction – menace, violence, contrainte, surprise –, le président de la Cour d'assises doit impérativement, désormais, poser la question de la requalification en atteinte sexuelle afin d'éviter un acquittement.

L'actualité

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 17 octobre 2018, n° 17-80.485 : rétroactivité *in mitius* et lanceurs d'alerte

En l'espèce, l'administrateur réseau d'une société avait adressé à une inspectrice du travail des documents internes confidentiels révélant des pressions exercées sur le supérieur hiérarchique de cette dernière par la direction de ladite société. La destinataire desdits documents s'était alors plainte d'avoir effectivement été invitée par sa hiérarchie à se montrer moins rigide avec la société concernée et a déclaré avoir adressé les pièces communiquées au Conseil national de l'inspection du travail, comme caractérisant une atteinte à son indépendance professionnelle, avec copie à plusieurs organisations syndicales du département.

Pour ces faits, l'inspectrice du travail fut déclarée coupable par les juridictions du fond du chef de recel d'atteinte au secret des correspondances émises par voie électronique et violation du secret professionnel. Elle forme alors un pourvoi en cassation qui est accueilli par la Chambre criminelle. Selon la Haute juridiction judiciaire, en effet, « *la situation de la prévenue n'a pas été examinée au regard de l'article 7 de la loi du 9 décembre 2016 [...], qui a institué, à compter du 11 décembre 2016, une nouvelle cause d'irresponsabilité pénale au bénéfice de la personne ayant, dans certaines conditions, porté atteinte à un secret protégé par la loi* ».

De la sorte, la Cour de cassation fait une application classique du principe constitutionnel et conventionnel de la rétroactivité *in mitius*, notamment énoncé par les dispositions de l'article 112-1, alinéa 3, du Code pénal, aux termes desquelles les dispositions d'une loi nouvelle s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné

lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes. Il relève, en effet, de l'évidence qu'une loi nouvelle qui crée une nouvelle cause d'irresponsabilité pénale est une loi de fond plus douce.

À cet égard, il convient de noter que l'article 7 de la loi du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, entrée en vigueur le 11 décembre 2016, alors que le pourvoi de la prévenue était toujours pendant, a institué une nouvelle cause d'irresponsabilité pénale, prévue par l'article 122-9 du Code pénal, au bénéfice de la personne ayant porté « *atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte* ». Rappelons qu'aux termes de l'article 6 de la même loi, le lanceur d'alerte est défini comme « *une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance* ».

Pour finir, il convient de souligner que l'arrêt du 17 octobre 2018 ne prononce pas une cassation de la décision attaquée, mais une annulation. En effet, la cassation marque alors le caractère disciplinaire de la censure prononcée. Mais, dans certains cas, l'arrêt attaqué était conforme à la loi en vigueur au jour de son prononcé et c'est l'intervention d'une loi nouvelle qui l'a privé rétroactivement de son fondement légal. Dans une telle hypothèse, la Chambre criminelle ne prononce pas une cassation à vocation disciplinaire mais une annulation qui produit les mêmes effets juridiques sans marquer

aucune désapprobation de la solution consacrée puisque la juridiction du fond ne pouvait appliquer une loi qui n'avait pas encore été promulguée.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 17 octobre 2018, n° 17-86.161 : l'amnésie traumatique de la victime n'entraîne pas la suspension du délai de prescription de l'action publique

En l'espèce, à la suite du classement sans suite de sa plainte déposée en 2007, un individu a formé, en 2015, une plainte avec constitution de partie civile en raison de faits de viol aggravé qu'il indiquait avoir subi en 1982. Dans le cadre de l'information judiciaire, le juge d'instruction a rejeté une demande d'expertise psychologique de la partie civile, présentée par celle-ci. Enfin, à l'issue de l'information, par ordonnance en date du 20 mars 2017, le juge d'instruction, ayant constaté l'acquisition de la prescription de l'action publique, du fait, notamment, de l'absence d'un événement insurmontable en ayant suspendu le délai, a dit n'y avoir lieu à suivre.

La partie civile a alors interjeté appel de cette décision en faisant valoir, notamment, que le délai de prescription avait été suspendu en raison de l'obstacle insurmontable qu'avait constitué le mécanisme de refoulement le concernant, aboutissant à une amnésie totale des faits. La Chambre de l'instruction rejeta l'argumentation en soulignant, d'une part, que la prescription a été acquise en 2000, à l'expiration d'un délai de dix ans à compter de la majorité de la victime, avant le dépôt de la plainte initiale, premier acte qui aurait pu interrompre le cours et, d'autre part, que l'amnésie traumatique invoquée par la partie civile ne peut être considérée comme constituant un obstacle de fait insurmontable et assimilable à la force majeure ayant pu suspendre le délai de prescription.

Dans son arrêt du 17 octobre 2018, la Chambre criminelle de la Cour de cassation confirme cette décision en estimant que « *la Chambre de l'instruction a fait l'exacte application des textes visés aux moyens* », en particulier des articles 9-1 et 9-3 du Code de procédure pénale. Si cette solution est cohérente puisqu'il avait déjà été dit que l'amnésie traumatique ne peut constituer une cause de suspension du délai de prescription de l'action publique (Cass. crim., 18 décembre 2013, n° 13-81.129), la référence aux textes précités apparaît obscure. En effet, ces deux textes – l'un relatif aux infractions occultes et dissimulées, l'autre relatif à la suspension du délai de prescription de l'action publique – sont issus de la loi n° 2017-242 du 27 février 2017, portant réforme de la prescription en matière pénale, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2017. Or, nous savons que, conformément aux dispositions de l'article 112-2, 4°, du Code pénal, « *sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur, [...] lorsque les prescriptions ne sont pas acquises, les lois relatives à la prescription de l'action publique et à la prescription des peines* », de sorte que ces nouvelles dispositions ne sauraient être appliquées à des faits prescrits, au regard des dispositions alors applicables, en 2000.

Par ailleurs, étrangement, la Cour de cassation ne relève pas le motif erroné surabondant évoqué par la Chambre de l'instruction selon lequel le dépôt de la plainte initiale aurait permis d'interrompre le cours de la prescription de l'action publique si le délai n'était pas déjà achevé. En effet, à ce propos, il est de jurisprudence constante que le dépôt d'une plainte simple n'est pas interruptif du délai de prescription de l'action publique (voir, par exemple : Cass. crim., 15 novembre 2016, n° 15-86.057). D'ailleurs, lors des travaux préparatoires de la loi précitée du 27 février 2017, il avait été envisagé de conférer à un tel dépôt un effet interruptif, mais l'idée a finalement été abandonnée au profit d'une information plus complète du plaignant lors de sa plainte (article 15-3 du Code de procédure pénale aux termes duquel la victime est informée de « *la possibilité d'interrompre le délai de prescription par le dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile* »).

Pour finir, notons que, si l'amnésie traumatique de la victime d'un viol n'entraîne pas

la suspension du délai de prescription de l'action publique, le législateur a, encore récemment, facilité la poursuite de faits commis à une époque éloignée puisque la loi n° 2018-703 du 3 août 2018, renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, a porté le délai de prescription de l'action publique en matière, notamment, de viols commis sur mineur à trente années (article 7, alinéa 3, du Code de procédure pénale). Sachant que ce délai court à compter de la majorité de la victime, les poursuites peuvent désormais être engagées jusqu'à ce que la victime ait atteint l'âge de quarante-huit ans.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

CE, 19 octobre 2018, n° 411.915 : le secret de l'enquête et de l'instruction, appliqué aux perquisitions, n'est pas contraire à l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

Nous savons que, par arrêt du 10 janvier 2017, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a affirmé que « *constitue une violation du secret de l'enquête ou de l'instruction concomitante à l'accomplissement d'une perquisition, portant nécessairement atteinte aux intérêts de la personne qu'elle concerne, l'exécution d'un tel acte par un juge d'instruction ou un officier de police judiciaire en présence d'un tiers qui, ayant obtenu d'une autorité publique une autorisation à cette fin, en capte le déroulement par le son ou l'image* » (Cass. crim., 10 janvier 2017, n° 16-84.740). Cet arrêt novateur a mené la Chancellerie à émettre une circulaire (n° 2017-0063-A8), le 27 avril 2017, concernant ses incidences sur les autorisations de reportages journalistiques délivrées par les autorités judiciaires. Aux termes de cette circulaire, le garde des sceaux, ministre de la justice, estime qu'aucune personne autre que celles concourant à la procédure, au sens de l'article 11 du Code de procédure pénale et, en particulier, aucun journaliste, ne peut assister à l'accomplissement

d'une perquisition et *a fortiori* ne peut capter des images de son déroulement, nonobstant l'accord de la personne concernée et l'autorisation délivrée par une autorité publique. L'Association de la presse judiciaire a alors saisi le Conseil d'État d'une requête tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de ladite circulaire.

Dans son arrêt du 19 octobre 2018, après avoir rappelé les dispositions des articles 11 et 56 du Code de procédure pénale, respectivement relatives au secret de l'enquête et de l'information judiciaire et aux perquisitions, la Haute juridiction administrative affirme que « *l'exécution d'une perquisition par un juge d'instruction ou un officier de police judiciaire en présence d'un journaliste constitue une violation du secret de l'enquête ou de l'instruction concomitante à l'accomplissement d'une perquisition, portant nécessairement atteinte aux intérêts de la personne qu'elle concerne* ». Selon elle, « *le secret de l'enquête et de l'instruction et l'interdiction corrélatrice faite à un journaliste d'assister à une perquisition et, le cas échéant, d'en capter le son ou l'image sont justifiés, d'une part, par les exigences de recherche des auteurs d'infraction et de bonne administration de la justice et, d'autre part, par la protection des droits à la présomption d'innocence et au secret de la vie privée des personnes concernées garantis par les articles 6 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Les dispositions législatives critiquées, qui ne s'appliquent qu'aux actes d'enquête et d'instruction, ne font pas obstacle à l'exercice par les journalistes de leur mission d'information sur le fonctionnement de la justice. Par ailleurs, le troisième alinéa de l'article 11 du code de procédure pénale permet au procureur de la République, soit d'office, soit à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties, de rendre publics des "éléments objectifs tirés de la procédure", à la condition qu'ils ne comportent aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause. Les parties et leurs avocats sont également libres de communiquer des informations sur le déroulement de l'enquête ou de l'instruction* ». Dès lors, selon le Conseil d'État, « *les dispositions des articles 11 et 56 du code de procédure pénale, sur lesquelles est fondée la circulaire attaquée, ne portent pas une atteinte disproportionnée à la liberté des journalistes garantie par l'article 10 de*

la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ».

Cet arrêt s'inscrit dans le prolongement de la décision du Conseil constitutionnel ayant considéré que l'atteinte à l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui résulte des dispositions contestées est nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi (Cons. const., déc. n° 2017-693 QPC du 2 mars 2018, *Association de la presse judiciaire*).

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2018-742 QPC du 26 octobre 2018, M. Husamettin M. : conformité aux droits et libertés constitutionnellement garantis des dispositions du Code pénal relatives à la période de sûreté de plein droit

Par arrêt du 4 septembre 2018, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité rédigée en ces termes : « *Les dispositions de l'article 132-23 alinéa 1^{er} du code pénal et de l'article 132-23 alinéa 2 du code pénal, qui prévoient une période de sûreté de plein droit sont-elles constitutionnelles, et plus précisément compatibles avec le principe de la nécessité des peines affirmé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen ?* » (Cass. crim., 4 septembre 2018, n° 18-90.018).

Dans sa décision du 26 octobre 2018, le Conseil constitutionnel rappelle que les dispositions contestées instaurent, pour certaines infractions spécialement prévues par la loi, une période de sûreté attachée de plein droit à la condamnation à une peine d'emprisonnement ou de réclusion criminelle, non assortie du sursis, dont la durée est égale ou supérieure à dix ans. Pendant toute la durée de la période de sûreté, la personne condamnée ne peut bénéficier d'une suspension ou d'un fractionnement de sa peine, d'un placement à l'extérieur, de permissions de sortir, d'une

mesure de semi-liberté et d'une mesure de libération conditionnelle. Cette période de sûreté s'applique, lorsque les conditions légales en sont réunies, sans que le juge ait à la prononcer expressément.

Pour autant, selon les Sages, en premier lieu, « *la période de sûreté ne constitue pas une peine s'ajoutant à la peine principale, mais une mesure d'exécution de cette dernière, laquelle est expressément prononcée par le juge* ». En deuxième lieu, « *la période de sûreté ne s'applique de plein droit que si le juge a prononcé une peine privative de liberté, non assortie de sursis, supérieure ou égale à dix ans* ». Sa durée est alors calculée, en vertu du deuxième alinéa de l'article 132-23 du Code pénal, en fonction du quantum de peine retenu par le juge. Ainsi, « *même lorsque la période de sûreté s'applique sans être expressément prononcée, elle présente un lien étroit avec la peine et l'appréciation par le juge des circonstances propres à l'espèce* ». En dernier lieu, en application du deuxième alinéa de l'article 132-23 du Code pénal, « *la juridiction de jugement peut, par décision spéciale, faire varier la durée de la période de sûreté dont la peine prononcée est assortie, en fonction des circonstances de l'espèce* ». En conséquence, le Conseil constitutionnel estime que « *le grief tiré de la méconnaissance du principe d'individualisation des peines doit être écarté. Le premier alinéa de l'article 132-23 du Code pénal qui ne méconnaît par ailleurs ni le principe de nécessité des peines, ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doit donc être déclaré conforme à la Constitution* ».

La décision du 26 octobre 2018 s'insère dans le prolongement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux peines complémentaires obligatoires aux termes de laquelle, nonobstant ce caractère obligatoire, dès lors que le juge dispose de moyens d'en écarter le prononcé, en recourant, notamment, à la dispense de peine en matière correctionnelle, lesdites peines ne méconnaissent pas le principe d'individualisation des peines (voir, par exemple : Cons. const., déc. n° 2017-752 DC du 8 septembre 2017, à propos de la peine complémentaire d'inéligibilité prévue par l'article 131-26-2 du Code pénal).

Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

Assemblée plénière 5 octobre 2018, 10-19.053 et 12-30.138 : GPA et parent d'intention

Le statut du parent d'intention devrait trouver une réponse rapidement, de la part de la Cour européenne des droits de l'Homme. En effet, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation était saisie par la Cour de réexamen des décisions civiles de deux demandes de réexamen de pourvois en cassation posant la question de la transcription d'actes de naissance établis à l'étranger pour des enfants nés de mères porteuses à la suite de la conclusion avérée ou suspectée d'une convention de GPA. Ces pourvois avaient donné lieu à deux arrêts de la Cour de cassation refusant la transcription des actes de naissance établis à l'étranger au motif que toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle en vertu de l'article 16-7 du Code civil et que l'acte étranger est en contrariété avec la conception française de l'ordre public international (Civ. 1^{re}, 6 avril 2011, pourvoi n° 10-19.053 et Civ. 1^{re}, 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-30.138). Dans le cadre de ces deux affaires, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France pour violation de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, *Menesson c/. France*, 26 juin 2014 ; *Foulon et Bouvet c/. France*, 21 juillet 2016). Elle a considéré que le refus de transcription de l'acte de naissance de ces enfants nés d'un processus de GPA affectait significativement le droit au respect de leur vie privée et posait une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour a estimé que cette analyse prenait un relief particulier lorsque l'un des parents d'intention était également le géniteur de l'enfant. Elle en a déduit qu'en faisant obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État était allé au-delà de ce que lui permettait sa

marge d'appréciation. La Cour de cassation affirme que l'existence d'une convention de GPA ne fait pas nécessairement obstacle à la transcription de l'acte de naissance établi à l'étranger dès lors qu'il n'est ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y sont déclarés correspondent à la réalité biologique. Ainsi, l'assemblée plénière de la Cour de cassation confirme l'évolution de sa jurisprudence, tirant les conséquences de la position de la Cour européenne, marquée par les arrêts rendus en assemblée plénière le 3 juillet 2015 (pourvois n° 14-21.323 et 15-50.002). Néanmoins, pour ce qui est de la transcription d'un acte de naissance en ce qu'il désigne la « mère d'intention », indépendamment de toute réalité biologique, la Cour de cassation adresse à la Cour européenne des droits de l'homme une demande d'avis consultatif. L'assemblée plénière de la Cour de cassation a estimé que l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les États parties à cet égard demeure incertaine au regard de la jurisprudence de la Cour européenne. Elle a décidé de surseoir à statuer sur les mérites du pourvoi et d'adresser, au terme d'une motivation développée, à la Cour européenne des droits de l'homme, une demande d'avis consultatif. Toutefois, la sollicitation d'un tel avis peut s'avérer inutile puisque trois affaires relatives à la France, à propos du parent d'intention, sont pendantes devant la CEDH (*Braun c/ France* ; *Saenz et Saenz Cortes c/ France* et *Maillard et autres c/ France*).

Droit des biens

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 2e, 13 sept. 2018, n° 17-22.474 : action pour troubles anormaux de voisinage et prescription de l'action

En l'espèce, un propriétaire prétendait subir un trouble anormal du voisinage, du fait de nuisances sonores générées par l'activité du locataire d'un terrain voisin. Toutefois, les juges du fond ont rejeté les demandes du propriétaire, considérant son action prescrite. Le pourvoi en cassation faisait alors valoir, d'une part, que

l'action fondée sur les troubles anormaux de voisinage relève de la prescription trentenaire et, d'autre part, que ce n'est qu'en 2008 que le propriétaire a pris connaissance du préjudice qu'il subissait, soit la dépréciation de son bien immobilier (tandis que l'action a été tentée en 2010). La Cour de cassation retient d'une part que l'action pour troubles anormaux du voisinage constitue une action en responsabilité extracontractuelle et non une action immobilière réelle et qu'une telle action était soumise à la prescription de 10 années aux termes de l'article 2270-1 du Code civil dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008. Elle retient, d'autre part, que les documents produits permettaient de constater que l'auteur du trouble exploitait son activité sur le site depuis 1993 sans que son activité n'évolue significativement depuis cette date, la cour d'appel a pu retenir que la première manifestation des troubles de voisinage datait de 1993, et en a exactement déduit que l'action intentée en 2010 était prescrite. Ainsi, la Cour de cassation rapproche le régime des troubles anormaux de voisinage du régime de la responsabilité civile délictuelle, comme l'envisage d'ailleurs le projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017. En effet, ce dernier envisage d'introduire les troubles anormaux de voisinage à l'article 1244, dans une section 2 relative aux dispositions propres à la responsabilité extracontractuelle.

Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1re, 19 sept. 2018, n° 17-22.678 : autorité de la chose jugée et négligence d'accomplir une diligence

Un appartement a été vendu en viager à une société civile immobilière, qui a été ensuite dissoute. Le bien a été attribué à une personne, qui est décédée. Les héritiers des vendeurs agissent contre la personne ayant alors qualité, en résolution de la vente en invoquant le défaut de paiement des arrérages de la rente. Toutefois,

en première instance, les juges déclarent irrecevable la demande, faute d'avoir fait signifier l'acte de vente en application de l'article 877 du Code civil. Les héritiers réalisent alors la signification omise et assignent à nouveau en résolution de la vente. La défenderesse soulève l'irrecevabilité de la demande en invoquant l'autorité de la chose jugée du jugement. La cour d'appel rejette cette fin de non-recevoir. Elle retient que « *l'autorité de la chose jugée attachée à une décision déclarant irrecevable une demande faute d'accomplissement de certaines formalités n'interdit pas à son auteur d'introduire une nouvelle instance après accomplissement de ces dernières, s'il se trouve toujours dans les délais pour agir* ». De plus, « *le principe de concentration des moyens n'est pas heurté par la nouvelle instance fondée sur une situation juridique nouvelle advenue postérieurement à la décision précédente* ». La défenderesse forme alors un pourvoi. La Cour de cassation censure les juges du fond au visa de l'ancien article 1351 du Code civil (désormais 1355 C. civ.) et de l'article 480 du Code de procédure civile. Elle retient que le caractère nouveau de l'événement permettant d'écarter la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée ne peut résulter de ce que la partie qui l'invoque a négligé d'accomplir une diligence en temps utile. Afin de ne pas se heurter à une fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée, il faut invoquer des faits nouveaux. Aussi, selon la Cour de cassation, la négligence d'une partie qui n'a pas accompli une diligence qui lui incombait en temps utile ne constitue pas un fait nouveau permettant d'échapper à la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée. Cette position avait déjà été affirmée à propos d'une diligence en vue d'obtenir une preuve (Civ. 2e, 25 juin 2015, n° 14-17.504).

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 3^{ème}, 7 juin 2018, pourvoi n° 17-15.981 : Confirmation en matière de délégation et d'inopposabilité des exceptions

Pour rappel, la délégation est désormais définie à l'article 1336 alinéa 1^{er} du Code civil comme « *l'opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur* ». Ce texte comme ceux qui le suivent désormais dans le Code civil sont issus de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations ; ces textes n'étaient pas applicables à la présente affaire. En l'espèce, un entrepreneur garantit le paiement du sous-traitant choisi, par la technique de la délégation de paiement. Ainsi, l'entrepreneur-délégant délègue le paiement au maître de l'ouvrage-délégué, faisant du sous-traitant le délégataire. Par suite, le maître de l'ouvrage assigne en remboursement de l'acompte d'ores et déjà payé au sous-traitant, contestant les factures adressées par celui-ci à l'entrepreneur. Autrement dit, se posait la question de la possibilité pour le délégué d'opposer des exceptions au délégataire, nées du rapport entre ce dernier et le délégant. La Cour de cassation décide, sur le fondement de l'article 1275 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, que « *le délégué ne peut opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre le délégant et le délégataire* ». En cela, les hauts conseillers rappellent une solution déjà établie depuis un important arrêt Com. 7 décembre 2004 ; une solution qui a été consacrée ensuite par le législateur à l'article 1336 alinéa 2, selon lequel « *le délégué ne peut, sauf stipulation contraire, opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et le délégataire* ».

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 2^{ème}, 14 juin 2018, pourvoi n° 17-20.046 : La déception du parieur

Un parieur réalise presque le sans-faute lorsqu'il remplit sa grille de « Loto-foot », puisqu'il a 13 bons résultats sur 14 possibles. Si on devine que la différence de gain est somme toute conséquente, il aurait tout de même pu se réjouir. C'est sans compter sa frustration au vu des circonstances qui ont entouré son seul mauvais pronostic : un but marqué en fin de match, sur un hors-jeu du buteur, mais validé par l'arbitre. Le parieur assigne en responsabilité pour faute le joueur buteur et en responsabilité du fait d'autrui son club. L'affaire est des plus originales, notamment lorsque l'on se rappelle que le contrat de pari est un contrat aléatoire, ce qui aurait pu conduire aisément à un rejet pur et simple de la demande en l'absence de préjudice réparable. Pourtant, telle n'est pas la solution de la Cour de cassation qui s'est interdit tout raisonnement simpliste pour rendre une solution de principe : « *seul un fait ayant pour objet de porter sciemment atteinte à l'aléa inhérent au pari sportif est de nature à engager la responsabilité d'un joueur et, le cas échéant, de son club, à l'égard d'un parieur* ». Or, les juges constatent qu'en l'occurrence, les conditions ne sont pas remplies dans le cas de la simple transgression d'une règle du jeu (ici, le hors-jeu du buteur).

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1^{ère}, 27 juin 2018, pourvoi n° 17-17.796 : L'obligation de sécurité écartée !

En l'espèce, un moniteur de ski encore stagiaire subi un grave préjudice corporel en suite d'un accident sur piste. Il agit notamment afin de faire établir la responsabilité de la société des remontées mécaniques, de l'Ecole de Ski Français et, en suite de son intervention volontaire, du syndicat des moniteurs de cette Ecole. C'est sur la responsabilité du syndicat que le contentieux se cristallise, puisque les juges du fond écartent la responsabilité du syndicat, du fait que celui-ci n'était tenu d'aucune obligation de sécurité à l'égard du moniteur au moment du dommage. En

cela, les juges du fond sont approuvés par la Cour de cassation qui souligne que « il n'incombe pas au syndicat une obligation générale de sécurité, à défaut de preuve d'un engagement contractuel de sa part, qui seul pourrait être à la source d'une telle obligation ». La leçon est simple à retenir : pas de contrat, pas d'obligation de sécurité !

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1^{ère}, 27 juin 2018, pourvoi n° 17-15.039 : L'étrange erreur sur la bonne foi, vice du consentement, ou les juges au secours du demandeur, qui ne se fonde pas sur le dol

On pourrait n'y voir qu'un arrêt d'espèce parce qu'il ne s'agit que de cela, mais on y trouvera tout de même un rappel de la vocation des juges à instaurer une certaine justice contractuelle, qui fait la part belle à l'obligation de bonne foi, à tous les stades du contrat, sa formation comme son exécution. En l'espèce, une banque consent un crédit à un emprunteur, à partir de documents fournis par ce dernier. Or, l'authenticité et la véracité des informations communiquées se révèlent rapidement douteuses, ce qui pousse la banque à agir en annulation du prêt. L'action en nullité est étrangement fondée sur l'erreur, vice du consentement, alors que le fondement du dol aurait été davantage propice (pourquoi le dol n'a pas été choisi pour servir l'action, on avouera que l'on ne sait point, sinon qu'il n'est pas prouvé l'intention de tromper de l'emprunteur). Bref, la banque affirme qu'il y a eu erreur dès lors que l'exactitude des déclarations faites par l'emprunteur avait été un élément déterminant de son consentement. L'emprunteur invoque pour sa défense la négligence de la banque dans l'appréciation des informations communiquées. Si la défense prospère en première instance, la banque aboutit dans sa demande devant la cour d'appel qui décide que « toute relation contractuelle suppose la loyauté des échanges et la bonne foi de chaque contractant ». A son tour, la Cour de cassation donne raison à la banque selon une motivation étonnante : « le

consentement de la banque a été vicié par la remise d'un document comptable dont l'authenticité n'est pas établie et qu'en outre, elle pensait légitimement contracter avec un emprunteur de bonne foi, condition déterminante dans la relation commerciale au même titre que la prise en compte de ses biens, dettes et patrimoine ; que, de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a procédé aux recherches prétendument omises, a souverainement déduit que le consentement de la banque à l'engagement contractuel avait été obtenu par erreur sur la substance même de la chose, à savoir la bonne foi du cocontractant et l'exactitude des éléments patrimoniaux fournis, éléments déterminants de l'octroi du crédit ». Ainsi, l'erreur sur la bonne foi du contractant serait une erreur sur la substance, source de nullité... enfin, dans ce cas !

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 2^{ème}, 5 juillet 2018, pourvoi n° 17-19.738 : Le relevé d'office de la loi Badinter par le juge est obligatoire

A nouveau, il est question d'un juge intervenant au secours d'un demandeur malhabile. En l'espèce, la victime d'un accident de la circulation agit en réparation contre le conducteur fautif. Jusque là rien de surprenant, sinon que l'action est fondée sur ... la responsabilité pour faute personnelle de l'article 1382 du Code civil (devenu art. 1240 C. civ.). Une erreur de fondement que ne manque pas de relever à raison le juge de proximité qui souligne que les faits relevaient du régime spécial porté par la loi du 5 juillet 1985. Par suite, le juge déboute le demandeur. La victime (ou plutôt son assureur) forme un pourvoi sur le fondement de l'article 12 du Code de procédure civile et sur celui de l'article 1^{er} de la loi Badinter. Le pourvoi est accueilli et le jugement logiquement cassé, puisqu'il est reproché au juge de proximité de ne pas avoir fait application des dispositions de la loi de 1985. En effet, la loi Badinter est d'ordre

public, un ordre public que le juge aurait dû relever d'office (V. déjà, Civ. 2^{ème}, 20 janvier 2000). Les spécialistes de procédure civile verront également dans cette décision une application de l'arrêt *Dauvin* (Ass. plén. 21 décembre 2007) : l'article 12 du Code de procédure civile donne, par principe, faculté au juge de changer la dénomination ou le fondement juridique de la demande qui lui est soumise ; cependant, par exceptions, c'est une obligation qui lui est faite. Or, s'agissant de l'application de la loi Badinter, l'on est dans le cas d'une de ces exceptions. Ainsi, la Cour de cassation affirme que le relevé d'office de la loi Badinter par le juge n'est pas une faculté mais une obligation.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1^{ère}, 19 septembre 2018, pourvoi n°17-24.347 : Quand la Cour de cassation se refuse à appliquer, de manière émancipée, la réforme du droit des contrats

Les hauts conseillers se seraient-ils soumis aux injonctions du législateur s'agissant de l'application dans le temps de la réforme du droit des contrats ? Telle est la question qui surgit à la lecture de la présente décision. Pour rappel, la réforme du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016 est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Pourtant, à plusieurs reprises, la Haute juridiction a appliqué explicitement ou implicitement certaines dispositions de la réforme à des situations contractuelles nées antérieurement à la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance (V. par ex., Ch. mixte, 24 février 2017 ; Com. 7 février 2018). Par suite, les hauts conseillers ont été en cela contrariés par le législateur à l'occasion de l'adoption de la loi de ratification du 20 avril 2018, puisque l'article 9 de l'ordonnance de 2016 a été modifié dans les termes suivants : « *Les contrats conclus avant le 1er octobre 2016 demeurent soumis à la loi ancienne, y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public* ». Face à l'orthodoxie du législateur, on pouvait légitimement s'interroger sur la réaction de la

Cour de cassation : indifférence ou obéissance ? L'arrêt du 19 septembre 2018 pourrait apporter un début de réponse, quoi que... En l'espèce, en 2013, Madame X fait l'acquisition auprès d'une entreprise d'un climatiseur installé à son domicile. Madame X a également souscrit un contrat de maintenance d'une durée d'un an renouvelable par tacite reconduction. Deux ans plus tard, la société informe Madame X que le contrat de maintenance ne sera pas renouvelé en raison de la modification de l'immeuble et de la modification des conditions d'entretien de la partie extérieure de la climatisation. Madame X assigne alors la société pour obtenir le remboursement des frais de déplacement de l'unité extérieure et la réparation du préjudice résultant de la rupture abusive du contrat de maintenance. Le juge de proximité déboute Madame X aux motifs que lorsque le contrat d'entretien a été souscrit, l'accès au groupe extérieur était possible, la modification de la situation de l'immeuble rend depuis l'entretien impossible, de sorte que la demande de Madame X est sans objet ; ainsi, le juge a décidé, sur le fondement du nouvel article 1186 du Code civil, que le contrat était caduc en raison de la disparition de l'un de ses éléments essentiels. La Cour de cassation censure le jugement sur le fondement de l'article 9 de l'ordonnance de réforme du 10 février 2016 : « *en faisant ainsi application de l'article 1186 du code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 à un contrat dont il ressortait de ses propres constatations qu'il avait été conclu avant le 1er octobre 2016, la juridiction de proximité a violé le texte susvisé* ». Quelle interprétation donnée à cette décision ? D'un côté, l'on pourrait légitimement penser que la Cour de cassation obtempère et désormais, refuse toute application anticipée des dispositions de la réforme ; de l'autre, on pourrait tout simplement penser que les hauts conseillers reprochent au juge de proximité d'avoir fait application du nouvel article 1186 du Code civil, alors même que ce fondement n'était pas nécessaire pour aboutir à la solution donnée (la même décision aurait pu intervenir sur le fondement de la cause et de la caducité prétorienne, V. Civ. 1^{ère}, 30 octobre 2008). Encore, mais cela semble une interprétation moins certaine, des auteurs ont relevé que le juge de proximité n'aurait pas dû se fonder sur l'article

1186 du Code civil, car la situation relevait d'un cas d'imprévision, désormais régi par l'article 1195 du Code civil, dont il difficile d'imaginer une application anticipée.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Soc. 16 mai 2018, pourvoi n° 16-22.655 : Le cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social et l'obligation de loyauté

A moins que les deux fonctions ne puissent être exercées cumulativement, « *en l'absence de convention contraire, le contrat de travail d'un salarié devenu mandataire social et qui a cessé d'être lié à la société par un lien de subordination est suspendu pendant le temps où il est mandataire* » (Soc. 8 octobre 2003). Reste la question du régime du cumul. Le présent arrêt contribue à en dessiner les contours. En l'espèce, le salarié d'une entreprise en devient directeur général. Le cumul effectif n'étant pas possible, le contrat de travail est suspendu le temps de l'exécution du mandat social. Plus tard, le directeur général est révoqué à la suite d'une réunion du conseil d'administration et de l'assemblée générale, après une vive altercation avec le président de la société. Dans la foulée, il est licencié pour faute grave ; un licenciement que conteste le salarié puisque selon lui, le manquement à l'obligation de loyauté qui lui est reproché repose sur des faits survenus pendant l'exercice du mandat social et lorsque son contrat de travail était suspendu. Autrement dit, nonobstant la réalité des éléments qui lui étaient reprochés, le contrat de travail étant suspendu lors de leur commission, ils ne peuvent constituer une faute grave dans l'exécution de ce contrat. Les juges du fond adhèrent à ce raisonnement ; cependant, la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel, notamment sur le fondement de l'article L. 1222-1 du Code du travail, selon lequel « *Le*

contrat de travail est exécuté de bonne foi ». La Cour de cassation affirme, en effet, que « *pendant la période de suspension de son contrat de travail, le salarié devenu mandataire social reste tenu envers son employeur d'une obligation de loyauté* ».

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 16 mai 2018, pourvoi n° 16-13.207 : Le champ temporel de la procédure des conventions réglementées

Parfois, les évidences sont bonnes à dire ; c'est ainsi qu'il faut saisir le sens et la portée de la présente décision de la Cour de cassation. En l'espèce, est en cause une convention passée entre une société et une salariée. Quelques jours après la passation de la convention, la salariée devient membre du directoire. Se pose la question de savoir si la convention conclue aurait dû faire l'objet de la procédure des conventions réglementées conformément à l'article L. 225-86 du Code de commerce, lequel définit le champ d'application des conventions réglementées dans les sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance. Les juges du fond répondent à cette interrogation par la négative et trouvent confortés par la Haute juridiction qui rappellent que « *il résulte de l'article L. 225-86 du code de commerce que n'est pas soumise à la procédure spéciale d'autorisation des conventions conclues entre une société et l'un des membres du directoire, la convention conclue régulièrement et sans fraude à une date à laquelle le bénéficiaire n'était pas encore mandataire social* ». La solution est logique ; on notera tout de même la prudence des juges qui réservent le cas de la fraude (caractérisée lorsque les parties anticipe la convention pour lui faire échapper au champ temporel d'application de la procédure ; par ex., Com. 5 janvier 2016).

Le métier du mois : commissaire de police

Le métier

La Police nationale est rattachée au Ministère de l'Intérieur. Elle fut créée, dans sa forme actuelle, le 23 avril 1941 par le Maréchal Pétain (Régime de Vichy).

Les commissaires de police sont des officiers de police judiciaire (OPJ). Ils dirigent un service de la Police nationale (principalement un service de police judiciaire ou de renseignement ou un commissariat). Ils gèrent également le personnel affecté à ce service et les moyens financiers alloués pour la bonne marche de ce service. Ils participent à la conception, à la réalisation et à l'évaluation des programmes et des projets relatifs à la prévention de l'insécurité et à la lutte contre la délinquance et exercent les attributions de magistrat qui leur sont conférées par la loi.

Le commissaire définit des priorités : réinvestir la ville, mieux répartir et adapter les effectifs pour lutter contre la délinquance, mettre en œuvre un système de traitement administratif ou social de certains problèmes.

Un décret du 26 février 2002 fixe l'attribution d'un drapeau au « ministère de l'Intérieur - Police nationale ». Sa devise est « Pro patria vigilans » : « Ils veillent pour la Patrie ».

La formation

D'une durée de 22 mois, la formation se partage entre cours au sein de l'École nationale Supérieure de Police (ENSP) située à St Cyr au Mont d'Or (banlieue lyonnaise) et stages en services actifs. L'École comprend un très riche musée de la Police qui retrace l'histoire du crime, de la police et des sciences criminelles.

Limite d'âge :

Le concours externe est ouvert aux personnes de nationalité française âgées de 35 ans au plus au 1er janvier de l'année du concours.

Diplôme exigé :

Le concours est ouvert aux diplômés de M2 juristes ou non. Mais très sélectif, il exige de profondes connaissances en droit pénal, procédure pénale, droit public ainsi qu'une excellente culture générale.

Les difficultés aujourd'hui :

- ◆ Le manque de moyens,
- ◆ La lutte contre la radicalisation,
- ◆ La gestion des migrants.

Nombre de commissaires

- ◆ 28 postes pour le concours externe en 2018
- ◆ 1 700 commissaires en activité.

Les compétences requises :

Le métier est sans nul doute stressant et dangereux.

- ◆ La première qualité d'un **commissaire** est sans nul doute l'autorité inhérente à la fonction, mais le métier de **commissaire** demande aussi de l'humanité et requiert une grande rigueur éthique, de la réactivité et le sens des relations humaines.
- ◆ De solides connaissances en droit (particulièrement en procédure pénale) sont indispensables.
- ◆ Enfin la fonction nécessite une grande disponibilité (jour et nuit).

La police et les femmes :

Simone Jean-Baptiste-Kargaravat, Christine Diebolt, Hélène Desgardins et Elisabeth Abbal furent en 1977 les premières femmes commissaires de police en France.

Martine Monteil fut la première femme à diriger les brigades des stupéfiants et du proxénétisme, ainsi que la brigade de répression du banditisme, la brigade criminelle, la PJ et Interpol. Elle termina sa carrière au poste de préfet, Secrétaire générale de la zone de défense de Paris.

Les femmes représentent 20 % des commissaires en activité.

Les principales armes :

- ◆ Pistolet Sig Sauer SP 2022
- ◆ Tonfa et/ou bâton télescopique
- ◆ Pistolets à impulsion électrique
- ◆ Taser X 26 ou le taser x 12
- ◆ Flashballs
- ◆ Lanceurs de grenades « Cougar »
- ◆ Fusils à pompe
- ◆ Pistolet-mitrailleur HK UMP 9
- ◆ Fusil d'assaut HK G36

Le calendrier du concours

(sous réserve de modifications)
inscriptions : décembre
épreuves écrites d'admissibilité : mars
épreuves d'admission : mai / juin

Salaire des commissaires de police

- ◆ 2 000 euros net par mois (élèves)
- ◆ 3000 euros net par mois
- ◆ 8 000 euros net par mois (postes hors hiérarchie ou à risques)

LES EPREUVES DU CONCOURS EXTERNE**Les cinq épreuves d'admissibilité :**

- 1- Une dissertation de Culture Générale en 5 heures
- 2- Un cas pratique sur dossier (synthèse + note de propositions) en 4 heures
- 3- Un questionnaire sur les institutions françaises et européennes, le comportement citoyen et l'organisation de la police en 1 heure
- 4- Une dissertation sur le droit administratif, les libertés publiques et l'Union Européenne en 3 heures
- 5- Une dissertation de droit pénal et / ou de procédure pénale en 3 heures

Les deux épreuves de pré-admission :

Deux épreuves d'exercices physiques composées d'un parcours d'habileté motrice et d'un test d'endurance cardio-respiratoire (une note < 7 est éliminatoire).

Les six épreuves d'admission :

- 1- Test psy en 3 heures 1/2
- 2- Parcours de gestion du stress (3 mn environ)
- 3- Mise en situation individuelle (30 mn après 30 mn de préparation)
- 4- Mise en situation collective en 35 mn

Serment des policiers :

« Je jure de bien et loyalement remplir mes fonctions, d'observer les devoirs et la réserve qu'elles m'imposent. Je me conformerai strictement aux ordres reçus dans le respect de la personne **humaine** et de la loi. Je promets de faire preuve de dévouement au bien public, de droiture, de dignité, de prudence et d'impartialité. Je m'engage à ne faire qu'un usage légitime de la force et des pouvoirs qui me sont confiés et à ne rien révéler ou utiliser de ce qui sera porté à ma connaissance lors de l'exercice de mes fonctions ».

Décret n° 2009-481 du 28 avril 2009

Pour obtenir des informations sur les concours :

Numéro d'information 0800 22 0800

Symbole de la Préfecture de Police

Le **symbole** de la préfecture de police est un double PP inversé. **Les couleurs** correspondent aux couleurs de la ville de Paris au sein desquelles a été instauré le blanc, traditionnellement couleur royale. Un bateau est présent, symbole de Paris.

**CONSEILS DE LECTURE**

Paroles de flics : l'enquête choc de Jean-Marie Godard – Edition Fayard - 2018
La peur a changé de camps de Frédéric Ploquin – Edition Albin Michel - 2018
Chroniques de la police ordinaire de Bénédicte Desforges – Edition J'ai Lu

LE MEILLEUR DES SERIES TELE

Braquo d'Olivier Marchal de 2009 à 2016
Engrenages de Alexandra Clert depuis 2008
Tunnel (série franco-anglaise) depuis 2013

Les vidéos et podcasts

Dans cette rubrique, chaque mois vous retrouverez une sélection des vidéos et des podcasts réalisés par l'équipe du CRISP.

Vous pouvez les retrouver sur SoundCloud et iTunes en vous abonnant à « Les Podcasts de l'ISP ». Le descriptif des podcasts et les liens ci-dessous.

BABY LOUP : où en est-on de la liberté religieuse dans l'entreprise ?

L'affaire Baby Loup fait l'actualité des prétoires depuis une dizaine d'années. Elle est le symbole de l'épineux thème de la liberté religieuse dans l'entreprise. La dimension juridique de la question se confronte aux prismes socio-économique et médiatique. L'affaire Baby Loup met également en évidence les oppositions qui peuvent naître entre les juridictions interne et européennes. La question devient juridiquement universelle lorsque l'on constate que le mystérieux Comité onusien d'experts des droits de l'Homme s'est intéressé à l'affaire.

Dressons un bilan (peut-être seulement provisoire) de l'affaire Baby Loup et de la liberté religieuse dans l'entreprise.

Avec Franck Touret, professeur de droit civil.

<https://soundcloud.com/prepasp/baby-loup-ou-en-est-on-de-la-liberte-religieuse-dans-lentreprise>

L'anglais, une épreuve dans les concours professionnels et juridiques

Il y a quelques semaines les candidats admissibles aux concours de l'ENM 2018 passaient l'épreuve orale d'anglais souvent considérées comme la plus difficile des épreuves d'admission de ces concours.

Dans quelques jours, c'est au tour des candidats à l'admission au Barreau de se confronter à l'oral anglais. L'une des élèves de l'ISP concernés me confiait sa hantise, une quasi-phobie, à l'idée de se soumettre à la notation d'un examinateur dans la langue de Shakespeare.

Ce sentiment est trop souvent partagé par les candidats aux concours professionnels, notamment aux concours juridiques.

Pourquoi l'épreuve d'anglais a-t-elle une place si spéciale dans le cadre de ces examens et concours ? Pourquoi une telle phobie ? Comment y remédier ?

Avec Axel Delmotte, professeur d'anglais à l'ISP

<https://soundcloud.com/prepasp/langlais-une-epreuve-dans-les-concours-professionnels-et-juridiques>



CRISP

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation

