
BMA Bulletin Mensuel d'Actualités du CRISP

N° 41 – 2019

Sommaire

L'édito	p. 3
L'article du mois	p. 5
L'actualité	p. 13
Les vidéos et les podcasts	p. 24



CRISP

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation



GROUPE ISP



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

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

L'article du mois

Panorama de jurisprudences constitutionnelles en droit pénal et en procédure pénale. Parce que l'actualité a été particulièrement riche dans ces matières au cours des trois derniers mois, il a été décidé de consacrer l'article du mois à six importantes décisions du Conseil constitutionnel.

Par Olivier 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

« *Happy Birthday Mr(s) President(e)* »

Marylin Monroe

35 ans !!!!

En 2019, l'ISP fête en 2019 ses 35 années d'existence. Créée par Julie Haberman, cette société est aujourd'hui plus qu'une simple prépa. C'est une Ecole du droit qui a son propre centre de recherches, le CRISP, qui réalise ce bulletin d'actualités, des podcasts et des conférences.

C'est plus qu'une simple prépa, parce que c'est LA PREPA, dans de nombreux domaines. N'oublions pas que si l'ENM fête cette année ses 60 ans, l'ISP prépare aux concours de la magistrature depuis 30 ans. L'ISP prépare aussi à l'Avocature depuis 25 ans, aux métiers de la Police depuis plus de 15 ans, de greffiers et de directeurs de service de greffes (ex-greffiers en chef) depuis aussi longtemps. Depuis plus de 8 ans, l'ISP prépare aux métiers de la pénitencier et de la protection de la jeunesse. Depuis plus de 5 ans, des formations dédiées préparent aux fonctions d'inspecteur du travail et d'inspecteur des finances publiques. Cette année, l'ISP a lancé deux nouvelles formations pour préparer les concours de greffier des tribunaux de commerce et de conseiller de tribunal administratif. Chaque année, l'ISP prépare entre 2500 et 3000 candidats aux examens et concours de la fonction publique et des métiers du droit.

Depuis 35 ans, l'ISP est dirigée par Julie Haberman, laquelle refuse que l'auteur de cet éditto utilise cette tribune pour faire son éloge. Elle me disputera ces quelques lignes : pourtant, j'ose y déclarer mon amour à son endroit. Et pas seulement le mien : « Julie, permets-moi de parler en mon nom mais aussi au nom de nombre de tes élèves, anciens comme actuels, pour te dire MERCI MERCI MERCI ». On te doit tous beaucoup et en premier lieu, on peut te dire merci pour ta présence, tes encouragements, ton soutien et tes conseils. Je m'arrête là car tu n'hésiteras pas à me reprocher ces propos s'ils sont plus longs.

Alors, je vais profiter de ces colonnes pour annoncer à tous nos lecteurs, nos élèves et d'autres que l'on salue, que pour honorer ces 35 ans de réussite, la tienne, la nôtre, la leur, le CRISP et l'ISP vont organiser tout au long de l'année différents évènements festifs.

Le premier a déjà eu lieu : un sondage sur Facebook pour que notre traditionnel logo soit remplacé cette année (juste cette année) par un nouveau logo fêtant les 35 ans de l'ISP ! Voici celui qui a été choisi et il est beau, n'est-ce pas ? Les « Lauriers » de la gloire, n'est-ce pas ?



Le second évènement « Spécial 35 ans » ne saurait tarder : le CRISP et l'ISP organisent le vendredi 29 mars 2019, à 19h à l'ISP (18 rue de Varenne, 75007 Paris), **une conférence « Ciné-Justice » autour du film « 12 hommes en colère »**. S'en suivra un débat autour du jury populaire, en présence de magistrats, d'avocats, de professeurs et d'élèves anciens et actuels (nombre de places limité ; pour toute inscription (évidemment gratuite) : crisp@prepa-isp.fr)

En attendant, « Les podcasts de l'ISP » que vous retrouvez sur Itunes, sur Google Podcasts et sur SoundCloud continuent. Certains prendront une coloration spéciale pour les 35 ans de l'ISP, avec la réalisation de portraits de professionnels du droit, de la justice et autres de la fonction publique.

Vous pouvez déjà retrouver dans cet esprit :

- Le portrait de Madame Valérie DERVIEUX, procureure de la République adjointe près le TGI de Versailles et,
- Le portrait de Maître Lionel Spizzichino, Avocat à la Cour, associé-monde dans le Cabinet Wilkie Farr.

Bref, on ne souhaite rien d'autres pour l'avenir que cela continue ainsi et plus encore.

Et parce que l'anniversaire de l'ISP, c'est aussi un peu le nôtre, à vous, à nous, BON ANNIVERSAIRE !

Jacob BERREBI
*Professeur de droit civil à
l'ISP*

L'article du mois

Panorama de jurisprudences constitutionnelles en droit pénal et en procédure pénale. Parce que l'actualité a été particulièrement riche dans ces matières au cours des trois derniers mois, il a été décidé de consacrer l'article du mois à six importantes décisions du Conseil constitutionnel.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2018-773 DC du 20 décembre 2018 : conformité à la Constitution de la loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information

Par sa décision du 20 décembre 2018, rendue à la suite d'une saisine *a priori*, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les lois organique et ordinaire relatives à la lutte contre la manipulation de l'information. Il a, toutefois, encadré par des réserves d'interprétation strictes la notion de fausse information et les pouvoirs du juge des référés pour faire cesser leur diffusion.

Ainsi, après avoir rappelé l'importance de la liberté d'expression et de communication, et notamment « *de son exercice par le biais des services de communication au public en ligne, eu égard au développement généralisé de ces services ainsi qu'à leur importance pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions* », le Conseil estime le législateur n'a porté à cette liberté que des atteintes proportionnées à l'objectif d'intérêt général de sincérité du scrutin dès lors que les fausses informations concernées correspondent à la définition qu'il en donne. D'une part, selon lui, « *cette procédure ne peut viser que des allégations ou imputations inexactes ou trompeuses d'un fait de nature à altérer la sincérité du scrutin à venir. Ces allégations ou imputations ne recouvrent ni les opinions, ni les parodies, ni les inexacitudes partielles ou les*

simples exagérations. Elles sont celles dont il est possible de démontrer la fausseté de manière objective. D'autre part, seule la diffusion de telles allégations ou imputations répondant à trois conditions cumulatives peut être mise en cause : elle doit être artificielle ou automatisée, massive et délibérée ».

En outre, « *compte tenu des conséquences d'une procédure pouvant avoir pour effet de faire cesser la diffusion de certains contenus d'information, les allégations ou imputations mises en cause ne sauraient, sans que soit méconnue la liberté d'expression et de communication, justifier une telle mesure que si leur caractère inexact ou trompeur est manifeste. Il en est de même pour le risque d'altération de la sincérité du scrutin, qui doit également être manifeste* ».

Cons. const., déc. n° 2018-756 QPC du 17 janvier 2019 : constitutionnalité de la compétence des juridictions spécialisées en matière militaire pour les infractions commises par des militaires de la gendarmerie dans le service du maintien de l'ordre

Par arrêt du 16 octobre 2018, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité rédigée en ces termes : « *les dispositions de l'article 697-1 du code de procédure pénale qui donnent compétence aux juridictions spécialisées mentionnées par l'article 697 du même code dans l'hypothèse d'une infraction commise par un militaire de la gendarmerie dans le service du maintien de l'ordre, instituent -elles une différence de traitement injustifiée entre les parties civiles, selon que l'auteur des faits dont elles sont victimes est un militaire de la gendarmerie,*

bénéficiant des dispositions susvisées, ou un membre de la police nationale, à l'égard duquel s'appliquent les règles de compétence de droit commun, et méconnaissent-elles par conséquent les principes d'égalité devant la loi et d'égalité devant la justice garantis par les articles 1er, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ? » (Cass. crim., 16 octobre 2018, n° 18-82.903).

Le requérant soutenait que les dispositions critiquées méconnaîtraient le principe d'égalité devant la justice en ce qu'elles donnent compétence à des juridictions spécialisées en matière militaire pour connaître des infractions commises par les militaires de la gendarmerie dans l'exercice du service du maintien de l'ordre. Ces dispositions institueraient une différence de traitement injustifiée entre les parties civiles selon que l'auteur de l'infraction commise dans l'exercice d'une mission de maintien de l'ordre présente la qualité de militaire ou celle de membre de la police nationale. Le requérant faisait valoir que cette différence de traitement ne saurait trouver sa justification dans le seul statut de militaire des intéressés, dans la mesure où le législateur a soumis ces derniers à la compétence des juridictions de droit commun pour les infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions relatives à la police judiciaire ou administrative.

Le Conseil rappelle que, selon l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse », de sorte que, si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect des principes d'indépendance et d'impartialité des juridictions. Or, l'article 697-1 du Code de procédure pénale réserve aux juridictions spécialisées en matière militaire, prévues à l'article 697 du même Code, la compétence pour connaître des crimes et délits commis par les militaires dans l'exercice du service. Si son troisième alinéa apporte une dérogation à cette règle de compétence, pour ce

qui concerne les militaires de la gendarmerie, s'agissant des infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions relatives à la police judiciaire ou à la police administrative, il précise, en revanche, que les juridictions spécialisées en matière militaire demeurent compétentes à leur égard pour les infractions commises dans le service du maintien de l'ordre. Dans la mesure où les membres de la police nationale qui commettent de telles infractions dans l'exercice des missions de maintien de l'ordre relèvent des juridictions ordinaires, les dispositions contestées établissent une différence de traitement entre les justiciables selon la qualité de militaire de la gendarmerie ou de membre de la police nationale de l'auteur de l'infraction commise dans ces circonstances.

Pour autant, le Conseil ne censure pas les dispositions litigieuses. En premier lieu, il souligne que les juridictions spécialisées en matière militaire prévues à l'article 697 du Code de procédure pénale sont désignées parmi les tribunaux de grande instance et les Cours d'assises. Elles présentent trois spécificités par rapport à ces juridictions judiciaires ordinaires. Leur ressort territorial est nécessairement étendu à celui d'une ou de plusieurs Cours d'appel. Les magistrats des tribunaux correctionnels spécialisés en matière militaire y sont spécialement affectés après avis de l'assemblée générale. Enfin, en vertu des articles 698-6 et 698-7 du même Code, lorsque les Cours d'assises spécialisées jugent un crime autre que de droit commun ou lorsqu'il existe un risque de divulgation d'un secret de la défense nationale, elles sont uniquement composées de magistrats. Ces règles d'organisation et de composition de ces juridictions spécialisées en matière militaire présentent, pour les justiciables, des garanties égales à celles des juridictions pénales de droit commun, notamment quant au respect des principes d'indépendance et d'impartialité des juridictions.

En second lieu, les Sages rappellent que la gendarmerie nationale relève des forces armées. À ce titre, les militaires de la gendarmerie sont soumis aux devoirs et sujétions de l'état militaire définis à la quatrième partie du Code de la défense. Comme les autres militaires, ils sont justiciables, en raison de leur statut, des

infractions d'ordre militaire prévues aux articles L. 321-1 à L. 324-11 du Code de justice militaire, lesquelles peuvent être commises de manière connexe à des infractions de droit commun. En outre, ils sont justiciables, en vertu de l'article L. 311-3 du même Code, de peines militaires spécifiques, prononcées par la juridiction, comme la destitution ou la perte de grade. Enfin, ils sont également soumis à certaines procédures spécifiques d'exécution des peines, définies au titre VI du livre II du même Code. Compte tenu de ces particularités de l'état militaire, selon le Conseil, il était loisible au législateur, au nom de l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice, de prévoir la spécialisation des formations juridictionnelles chargées de connaître des infractions de droit commun commises par eux dans l'exercice de leur service, afin de favoriser une meilleure appréhension de ces particularités. En outre, les militaires de la gendarmerie demeurent soumis à ces règles spéciales dans leur activité de maintien de l'ordre. Par conséquent, ils ne sont pas placés, pour les infractions commises dans ce cadre, dans la même situation que les membres de la police nationale.

Par conséquent, en dépit des similitudes du cadre d'action des militaires de la gendarmerie et des membres de la police nationale dans le service du maintien de l'ordre, le législateur n'a pas, en se fondant sur les particularités de l'état militaire des gendarmes pour prévoir la compétence des juridictions spécialisées en matière militaire, instauré de discrimination injustifiée entre les justiciables. Il lui était loisible de procéder ainsi indépendamment de la circonstance qu'il ait prévu une exception à la compétence des juridictions spécialisées en matière militaire dans le cas particulier d'infractions commises à l'occasion de l'exercice par les militaires de la gendarmerie de leurs fonctions relatives à la police judiciaire ou administrative.

Cons. const., déc. n° 2018-758/759/760 QPC du 31 janvier 2019 : constitutionnalité de l'absence d'appel d'une décision de placement sous contrôle judiciaire ou assignation à résidence avec surveillance électronique dans le cadre d'une convocation par procès-verbal

Par arrêt du 24 octobre 2018, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité rédigée en ces termes : « *les dispositions de l'article 394 du code de procédure pénale portent-elles atteinte au droit au recours effectif et au principe de l'égalité des armes garantis par les articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ainsi qu'au principe de clarté de la loi garanti par l'article 34 de la Constitution, en ce que ni cette disposition, ni aucune autre du code de procédure pénale n'exclut ni ne prévoit le droit d'appel d'une ordonnance de placement sous contrôle judiciaire prononcée par le juge des libertés et de la détention alors que, selon l'interprétation qui en est faite par la jurisprudence de la Cour de cassation, l'appel appartient au seul ministère public à l'exclusion du prévenu ?* » (Cass. crim., 24 octobre 2018, n° 18-84.726).

Les requérants soutenaient que les dispositions contestées, telles qu'interprétées par la Cour de cassation, méconnaîtraient le droit à un recours juridictionnel effectif, faute de prévoir la possibilité pour le prévenu, convoqué par procès-verbal, de faire appel de la décision le plaçant sous contrôle judiciaire. Le ministère public pouvant, en revanche, faire appel d'une décision de refus de placement sous contrôle judiciaire, ces dispositions contreviendraient également au principe d'égalité devant la justice. Enfin, elles méconnaîtraient le principe de clarté de la loi du fait de leur imprécision.

Le Conseil rappelle que, selon l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, la loi « *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* », de sorte que, si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense, qui implique, en particulier, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties. En outre, le Conseil souligne qu'il résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789 qu'il ne doit pas être porté

d'atteinte substantielle au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction.

Pour autant, le Conseil ne censure pas les dispositions litigieuses. En premier lieu, selon lui, en application des dispositions combinées des articles 140, 141-1 et 142-8 du Code de procédure pénale, le prévenu ainsi placé sous contrôle judiciaire ou sous assignation à résidence avec surveillance électronique peut, à tout moment, saisir le tribunal correctionnel d'une demande de mainlevée ou de modification de ces mesures. À cette occasion, il peut notamment faire valoir l'irrégularité de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention ayant ordonné la mesure. Conformément aux dispositions de l'article 148-2 du même Code, le tribunal correctionnel statue sur cette demande de mainlevée ou de modification dans les dix jours de la réception de la demande. La décision rendue est susceptible d'appel. Dès lors, si la personne convoquée par procès-verbal ne peut faire appel de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention qui l'a placée sous contrôle judiciaire ou sous assignation à résidence avec surveillance électronique, elle dispose d'autres moyens de procédure lui permettant de contester utilement et dans des délais appropriés les dispositions de cette ordonnance. En second lieu, le Conseil rappelle que, s'il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de cassation que le procureur de la République peut faire appel de la décision du juge des libertés et de la détention refusant de placer un prévenu convoqué par procès-verbal sous contrôle judiciaire ou sous assignation à résidence, il ne peut, à la différence du prévenu, saisir le tribunal correctionnel lorsque le juge des libertés et de la détention n'a pas fait droit à sa demande.

Par conséquent, les Sages estiment que la différence de traitement contestée ne procède pas de discriminations injustifiées et que sont assurées au prévenu des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense. Les dispositions contestées ne méconnaissent pas non plus en tout état de cause le droit à un recours juridictionnel effectif. Les griefs tirés de la méconnaissance des exigences constitutionnelles précitées doivent donc être écartés.

Cons. const., déc. n° 2018-761 QPC du 1^{er} février 2019 : constitutionnalité de la pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution

Par arrêt du 12 novembre 2018, le Conseil d'État a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité des articles 611-1, 225-12-1, du 9^obis de l'article 131-16 et 9^o de l'article 225-20 du Code pénal, issus de la loi du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées, qui institue une infraction consistant à solliciter, à accepter, ou à obtenir des relations de nature sexuelle d'une personne qui se livre à la prostitution, en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage, au droit au respect à la vie privée garanti par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, à la liberté d'entreprendre garanti par son article 4 et au principe de nécessité et de proportionnalité des peines garanti par son article 8 (CE, 12 novembre 2018, n° **423.892**).

Les requérants reprochaient, en premier lieu, à ces dispositions de réprimer tout achat d'actes sexuels, y compris lorsque ces actes sont accomplis librement entre adultes consentants dans un espace privé. Cette interdiction générale et absolue porterait à la liberté des personnes prostituées et de leurs clients une atteinte non susceptible d'être justifiée par la sauvegarde de l'ordre public, la lutte contre le proxénétisme et le trafic des êtres humains ou la protection des personnes prostituées. Il en résulterait une méconnaissance du droit au respect de la vie privée, ainsi que du droit à l'autonomie personnelle et à la liberté sexuelle qui en découleraient. Il en résulterait, en deuxième lieu, une méconnaissance de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle. Il était soutenu, en outre, que la pénalisation de tout recours à la prostitution contreviendrait aux principes de nécessité et de proportionnalité des peines. Enfin, certaines parties intervenantes soutenaient que les dispositions contestées auraient pour conséquence d'aggraver l'isolement et la clandestinité des personnes prostituées, les exposant ainsi à des risques accrus de violences de la part de leurs clients et

les contraignant, pour continuer à exercer leur métier, à accepter des conditions d'hygiène portant atteinte à leur droit à la protection de la santé.

S'agissant du grief tiré de la méconnaissance de la liberté personnelle, le Conseil rappelle qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de prévention des infractions et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figure la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789. Il souligne, par ailleurs, d'une part, que le premier alinéa de l'article 611-1 du Code pénal institue une contravention réprimant le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir des relations de nature sexuelle d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage, et, d'autre part, que le premier alinéa de l'article 225-12-1 du même Code érige en délit ces mêmes faits lorsqu'ils sont commis en situation de récidive légale. Or, le Conseil remarque, en premier lieu, qu'il ressort des travaux préparatoires que, en faisant le choix par les dispositions contestées de pénaliser les acheteurs de services sexuels, le législateur a entendu, en privant le proxénétisme de sources de profits, lutter contre cette activité et contre la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle, activités criminelles fondées sur la contrainte et l'asservissement de l'être humain. Il a ainsi entendu assurer la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre ces formes d'asservissement et poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de prévention des infractions. Le Conseil ajoute, en second lieu, que l'article 61-1 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen. Si le législateur a réprimé tout recours à la prostitution, y compris lorsque les actes sexuels se présentent comme accomplis librement entre

adultes consentants dans un espace privé, il a considéré que, dans leur très grande majorité, les personnes qui se livrent à la prostitution sont victimes du proxénétisme et de la traite et que ces infractions sont rendues possibles par l'existence d'une demande de relations sexuelles tarifées. En prohibant cette demande par l'incrimination contestée, le législateur a retenu un moyen qui n'est pas manifestement inapproprié à l'objectif de politique publique poursuivi.

Quant aux autres griefs, le Conseil constitutionnel rappelle que si la nécessité des peines, attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue. Or, les dispositions contestées punissent le recours à la prostitution d'une amende de 1.500 euros, portée à 3.750 euros en cas de récidive, ainsi que de certaines peines complémentaires. Selon lui, au regard de la nature des comportements réprimés, les peines ainsi instituées ne sont pas manifestement disproportionnées. Par ailleurs, les Sages estiment qu'il ne leur appartient pas de substituer leur appréciation à celle du législateur sur les conséquences sanitaires pour les personnes prostituées des dispositions contestées, dès lors que cette appréciation n'est pas, en l'état des connaissances, manifestement inadéquate. En dernier lieu, selon eux, il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, qui découlent de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi.

Cons. const., déc. n° 2018-762 QPC du 8 février 2019 : inconstitutionnalité du régime de l'audition libre des mineurs

Par arrêt du 4 décembre 2018, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité rédigée en ces termes : « *Les dispositions de l'article 61-1 du code de*

procédure pénale entraînent-elles une discrimination injustifiée entre, d'une part, un mineur auditionné librement et, d'autre part, un mineur auditionné en garde à vue (application de l'article 4 de l'ordonnance no 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante), en n'assurant pas aux mineurs des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense et ce, en ce qu'elles ne prévoient pas les droits et garanties suivants : 1. l'obligation pour un officier de police judiciaire d'aviser les parents, le tuteur, la personne ou le service auquel est confié le mineur, 2. l'obligation pour le procureur de la République ou le juge chargé de l'information de désigner un médecin qui examine le mineur de seize ans, 3. l'obligation pour un officier de police judiciaire d'aviser les représentants légaux du mineur de plus de seize ans de leur droit de demander un examen médical lorsqu'ils sont informés de l'audition libre, 4. l'obligation pour un officier de police judiciaire d'informer immédiatement le mineur qu'il doit être assisté par un avocat, 5. l'obligation pour un officier de police judiciaire, lorsque le mineur n'a pas sollicité l'assistance d'un avocat, d'aviser ses représentants légaux de ce droit lorsqu'ils sont informés de l'audition libre, 6. l'obligation pour un officier de police judiciaire, le procureur de la République ou le juge chargé de l'information, lorsque ni le mineur, ni ses représentants légaux n'ont désigné un avocat d'informer par tout moyen et sans délai le bâtonnier afin qu'il en commette un d'office, 7. l'obligation d'enregistrement audiovisuel de l'audition libre du mineur ? » (Cass. crim., 4 décembre 2018, n° 18-90.026).

Le requérant soutenait que les dispositions contestées seraient contraires au principe d'égalité devant la procédure pénale garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 en ce qu'elles ne prévoient pas, lorsqu'un mineur soupçonné d'avoir commis une infraction est entendu librement au cours d'une enquête pénale, des garanties équivalentes à celles qui sont prévues lorsqu'il est entendu dans le cadre d'une garde à vue. De la même manière, en ne prévoyant pas, notamment, qu'un mineur entendu librement bénéficie de l'assistance obligatoire d'un avocat et d'un examen médical et que ses représentants légaux sont informés de la mesure, ces dispositions

contreviendraient au principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs.

Dans sa décision du 8 février 2019, le Conseil constitutionnel rappelle que l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge, comme la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées, ont été constamment reconnues par les lois de la République depuis le début du vingtième siècle. Toutefois, la législation républicaine antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946 ne consacre pas de règle selon laquelle les mesures contraignantes ou les sanctions devraient toujours être évitées au profit de mesures purement éducatives. En particulier, les dispositions originelles de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante n'écartaient pas la responsabilité pénale des mineurs et n'excluaient pas, en cas de nécessité, que fussent prononcées à leur égard des mesures telles que le placement, la surveillance, la retenue ou, pour les mineurs de plus de treize ans, la détention. Telle est, selon le Conseil, la portée du principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs.

Selon les dispositions contestées, la personne à l'égard de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction peut, au cours de l'enquête pénale, être entendue librement sur les faits. L'audition ne peut avoir lieu que si la personne y consent et si elle n'a pas été conduite, sous contrainte, devant l'officier de police judiciaire. En outre, la personne ne peut être entendue qu'après avoir été informée de la qualification, de la date et du lieu présumés de l'infraction, du droit de quitter à tout moment les locaux où elle est entendue, du droit d'être assistée par un interprète, du droit de faire des déclarations, de répondre aux questions ou de se taire, de la possibilité de bénéficier de conseils juridiques dans une structure d'accès au droit et, si l'infraction pour laquelle elle est entendue est un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement, du droit d'être assistée au

cours de son audition par un avocat. Elle peut accepter expressément de poursuivre l'audition hors la présence de son avocat. Toutefois, l'audition libre se déroule selon ces mêmes modalités lorsque la personne entendue est mineure et ce, quel que soit son âge. Or, les garanties précitées ne suffisent pas à assurer que le mineur consente de façon éclairée à l'audition libre ni à éviter qu'il opère des choix contraires à ses intérêts. Dès lors, en ne prévoyant pas de procédures appropriées de nature à garantir l'effectivité de l'exercice de ses droits par le mineur dans le cadre d'une enquête pénale, le législateur a contrevenu au principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs. Par conséquent, l'article 61-1 du Code de procédure pénale doit être déclaré contraire à la Constitution.

S'agissant des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil rappelle que la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel. Cependant, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et de reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration. En l'espèce, selon le Conseil, l'abrogation immédiate des dispositions contestées aurait pour effet de supprimer les garanties légales encadrant l'audition libre de toutes les personnes soupçonnées, majeures ou mineures. Elle entraînerait ainsi des conséquences manifestement excessives. Par suite, il y a lieu de reporter au 1^{er} janvier 2020 la date de l'abrogation des dispositions contestées.

Rappelons qu'en matière de garde à vue, une présomption de contrainte a été dégagée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation. Dans cette affaire, après avoir agressé une éducatrice, un mineur âgé de plus de treize ans avait été remis à des policiers, qui l'ont conduit au commissariat sans procéder à son menottage. Il a alors été entendu par un officier de police judiciaire sans avoir été placé en garde à vue et

sans avoir été informé de son droit de quitter le commissariat. Sur la requête en nullité formée à l'encontre des procès-verbaux d'audition, la Haute juridiction judiciaire affirme que « *le mineur, conduit par les policiers auprès d'un officier de police judiciaire pour être entendu sur une infraction qu'il était soupçonné d'avoir commise, se trouvait nécessairement dans une situation de contrainte et devait bénéficier des droits attachés au placement en garde à vue, prévus par l'article 4 de l'ordonnance du 2 février 1945* » (Cass. crim., 6 novembre 2013, n° **13-84.320**). De la sorte, si la Chambre criminelle n'exclut pas totalement qu'un mineur puisse être entendu librement sur une infraction qu'il est soupçonné d'avoir commise (tel sera, par exemple, le cas lorsque le mineur, préalablement convoqué, se présentera de lui-même dans les locaux du service enquêteur pour y être entendu par l'officier de police judiciaire), elle réduit, en revanche, le champ d'application de cette possibilité en interdisant d'y avoir recours lorsque ce sont les policiers ou les gendarmes qui ont conduit le mineur devant l'officier de police judiciaire.

Cons. const., déc. n° 2018-763 QPCdu 8 février 2019 : inconstitutionnalité du régime du rapprochement familial des détenus prévenus attendant leur comparution devant la juridiction de jugement

Par un arrêt du 5 décembre 2018, le Conseil d'État a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 34 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire (CE, 5 décembre 2018, n° 424.970).

Selon la requérante, les dispositions contestées méconnaîtraient le droit à un recours juridictionnel effectif. Elle leur reprochait, d'une part, de ne prévoir aucune voie de recours permettant au détenu prévenu de contester l'avis conforme par lequel l'autorité judiciaire peut s'opposer au bénéfice du rapprochement familial. Elle leur reprochait, d'autre part, de ne pas préciser les motifs susceptibles de justifier cette opposition. Il en résulterait également une méconnaissance du droit de mener une vie

familiale normale. Enfin, pour les mêmes motifs, ces dispositions seraient entachées d'une incompétence négative de nature à porter atteinte à ces mêmes droits.

Dans sa décision du 8 février 2019, le Conseil rappelle qu'il résulte de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 qu'il ne doit pas être porté d'atteinte substantielle au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction. Or, si l'article 34 de la loi du 24 novembre 2009 reconnaît aux prévenus dont l'instruction est achevée et qui attendent leur comparution devant la juridiction de jugement la possibilité de bénéficier d'un rapprochement familial jusqu'à cette comparution, il résulte de la jurisprudence constante du Conseil d'État, telle qu'elle ressort de la décision de renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité, que la décision administrative relative au rapprochement familial est nécessairement subordonnée à l'accord du magistrat judiciaire saisi du dossier de la procédure. Il en résulte également que, s'il appartient au juge administratif, saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre la décision administrative de refus de rapprochement familial, d'exercer un contrôle de légalité sur celle-ci, il ne lui appartient pas de contrôler la régularité et le bien-fondé de l'avis défavorable du magistrat judiciaire qui en constitue, le cas échéant, le fondement. Or, selon le Conseil, dans la mesure où aucune autre voie de recours ne permet de contester cet avis, il n'existe pas de recours juridictionnel effectif contre la décision administrative de refus de rapprochement familial lorsque celle-ci fait suite à l'avis défavorable du magistrat judiciaire. Au regard des conséquences qu'entraîne un tel refus, cette absence méconnaît les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789. Par conséquent, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, l'article 34 de la loi du 24 novembre 2009 doit être déclaré contraire à la Constitution.

Quant aux effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil considère que l'abrogation immédiate des dispositions contestées aurait pour effet de priver les prévenus dont l'instruction est achevée et qui attendent leur comparution devant la juridiction

de jugement de la possibilité d'obtenir un rapprochement familial. Elle entraînerait ainsi des conséquences manifestement excessives. Par suite, afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, il y a lieu de reporter au 1^{er} septembre 2019 la date de cette abrogation. Pour autant, afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la présente décision, il y a lieu de juger que les avis défavorables pris sur le fondement des dispositions litigieuses par les magistrats judiciaires après la date de cette publication peuvent être contestés devant le président de la Chambre de l'instruction dans les conditions prévues par la deuxième phrase du quatrième alinéa de l'article 145-4 du Code de procédure pénale – concernant le permis de visite et l'autorisation de l'usage du téléphone –, de sorte que ce magistrat doit statuer dans un délai de cinq jours par une décision écrite et motivée non susceptible de recours.

L'actualité

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 11 décembre 2018, n° 18-82.854 : champ temporel d'application du droit à l'assistance d'un avocat de la personne gardée à vue et droit au silence

Dans cette décision, la Chambre criminelle rappelle que, par arrêts du 15 avril 2011, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a énoncé que les États adhérents à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour de Strasbourg, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation (Cass., ass. plén., 15 avril 2011, n° 10-17.049). Or, aux termes de ses arrêts *Salduz c/ Turquie* et *Dayanan c/ Turquie*, rendus les 27 novembre 2008 et 13 octobre 2009, auxquels il est fait référence dans les décisions précitées de l'assemblée plénière, la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé que, pour que le droit à un procès équitable, consacré par l'article 6, § 1^{er}, de la Convention, soit effectif et concret, il faut, en règle générale, que la personne placée en garde à vue puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de la mesure et pendant ses interrogatoires.

Pour autant, en l'espèce, la Chambre criminelle estime que le refus par la Chambre de l'instruction d'annuler les auditions des requérants menées lors de leur garde à vue, en contrariété avec cette exigence, est justifié dès lors qu'en l'absence, à la date des mesures critiquées – en 1999 –, de jurisprudence établie ayant déduit de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne le droit pour la personne gardée à vue d'être assistée par un avocat lors de ses auditions et l'obligation de lui notifier le droit de

garder le silence, l'exigence de prévisibilité de la loi et l'objectif de bonne administration de la justice font obstacle à ce que les auditions réalisées à cette date, sans que la personne gardée à vue ait été assistée d'un avocat pendant leur déroulement ou sans qu'elle se soit vue notifier le droit de se taire, soient annulées pour ces motifs. Il résulte, toutefois, des stipulations de l'article précité de ladite Convention que les déclarations incriminantes faites lors de ces auditions ne peuvent, sans que soit portée une atteinte irrémédiable aux droits de la défense, fonder une décision de renvoi devant la juridiction de jugement ou une déclaration de culpabilité.

De la sorte, la Chambre criminelle de la Cour de cassation étend l'exigence de corroboration, prévue par le dernier alinéa de l'article préliminaire du Code de procédure pénale aux termes duquel, « *en matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui* », à l'hypothèse des déclarations faites par la personne mise en cause sans qu'elle se soit vue notifier le droit de se taire.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 8 janvier 2019, n° 17-81.396 : le débat d'intérêt général justifie la cassation sans renvoi de la condamnation de Maître Éolas du chef d'injure publique

En l'espèce, l'Institut pour la justice, association ayant notamment pour objet la promotion « *d'une meilleure organisation du système judiciaire en France, et de meilleures*

politiques de protection de la personne et du maintien de l'ordre public », a porté plainte et s'est constitué partie civile des chefs de diffamation et injure publiques envers un particulier, Maître Éolas, qui est avocat au barreau de Paris et anime un blog consacré à la justice ainsi qu'un compte *Twitter*. Ce dernier avait, en effet, publié plusieurs messages mettant en cause le « *Pacte 2012 pour la justice* » que cette association avait établi à l'attention des candidats à la prochaine élection présidentielle et qui faisait l'objet d'une pétition sur internet. Ainsi, critiquant tant les thèses et objectifs du texte que la fiabilité du décompte des signataires de la pétition, Maître Éolas avait publié sur son compte *Twitter*, les 8 et 9 novembre 2011, des messages comportant les propos suivants : « *L'Institut pour la justice en est donc réduit à utiliser des bots pour spammer sur Twitter pour promouvoir son dernier étron ?* » ; « *Que je me torcherais bien avec l'institut pour la Justice si je n'avais pas peur de salir mon caca* ». L'intéressé a alors été renvoyé devant le tribunal correctionnel sous la prévention d'injure publique et condamné, tant en première instance qu'en appel.

Dans son arrêt du 8 janvier 2019, la Chambre criminelle casse cette condamnation. Elle estime, en effet, que les propos litigieux s'inscrivaient dans une controverse sur l'action de la justice pénale, à l'occasion de la préparation de la campagne aux élections présidentielles de 2012, constitutive d'un débat public d'intérêt général. En outre, l'invective que ces propos comportaient répondait également de façon spontanée à l'interpellation d'un internaute sur les thèses défendues par la partie civile et ce, sur un réseau social imposant des réponses lapidaires, et, quelles que fussent la grossièreté et la virulence des termes employés, ils ne tendaient pas à atteindre les personnes dans leur dignité ou leur réputation, mais exprimaient l'opinion de leur auteur sur un mode satirique et potache, dans le cadre d'une polémique ouverte sur les idées prônées par une association défendant une conception de la justice opposée à celle que le prévenu, en tant que praticien et débatteur public, entendait lui-même promouvoir, de sorte qu'en dépit de leur outrage, de tels propos n'excédaient pas les limites admissibles de la liberté d'expression

dans un pays démocratique. Cette cassation est, en outre, prononcée sans renvoi ainsi que le permet l'article L. 411-3 du Code de l'organisation judiciaire.

De la sorte, la Chambre criminelle de la Cour de cassation confirme que des propos injurieux tenus dans le cadre d'un débat d'intérêt général peuvent être justifiés par la liberté d'expression, tout particulièrement lorsqu'ils sont exprimés de manière satirique (voir, notamment : CEDH, 14 mars 2013, *Éon c/ France*, n° 26118/10 et Cass. crim., 9 décembre 2014, n° 13-85.401).

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 9 janvier 2019, n° 17-84.026 : la protection du secret de l'enquête et de l'instruction préparatoire implique que la présence d'un tiers étranger à la procédure durant une perquisition fait nécessairement grief

En l'espèce, des journalistes avaient filmé une perquisition réalisée au domicile d'une personne mise en cause, notamment, pour avoir réalisé des tags, à de nombreuses reprises, au préjudice de la SNCF. Un film a, ensuite, été diffusé sur une chaîne de télévision nationale montrant certains extraits de cette perquisition. Le prévenu, lors de sa comparution devant le tribunal correctionnel, a soulevé la nullité de la perquisition et de la saisie de documents réalisées à son domicile aux motifs que des journalistes y avaient assisté, avec l'autorisation des enquêteurs, et avaient pris connaissance des documents immédiatement saisis et placés sous scellés. Néanmoins, cette exception de nullité a été rejetée au motif que la présence de journalistes ne peut constituer, à elle seule, une cause d'annulation sauf à ce que cette présence ait conduit les enquêteurs à ne pas respecter certaines règles procédurales, ce qui en l'espèce n'était pas démontré.

Dans son arrêt du 9 janvier 2019, la Chambre criminelle affirme que la présence, au cours de l'exécution d'une perquisition, d'un tiers étranger à la procédure, ayant obtenu d'une autorité publique une autorisation à cette fin, fût-ce pour en relater le déroulement dans l'objectif d'une information du public, constitue une violation du secret de l'enquête ou de l'instruction préparatoire qui porte nécessairement atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne.

Cette solution d'inscrit dans le sillage de la jurisprudence récente de la Cour de cassation ayant considéré que l'exécution d'une perquisition par un juge d'instruction ou un officier de police judiciaire en présence d'un tiers, ayant obtenu d'une autorité publique une autorisation à cette fin et qui en capte le déroulement par le son ou l'image, constitue une violation du secret de l'enquête ou de l'instruction préparatoire qui porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne qu'elle concerne (Cass. crim., 10 janvier 2017, n° 16-84.740). Nous savons, par ailleurs, que cette application jurisprudentielle de l'article 11 du Code de procédure pénale a été considérée conforme à la liberté de la presse, telle que protégée par la Constitution (Cons. const., déc. n° 2017-693 QPC du 2 mars 2018) et par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CE, 19 octobre 2018, n° 411.915).

En outre, avec son arrêt du 9 janvier 2019, la Chambre criminelle étend le champ de sa jurisprudence. En effet, dans l'arrêt de 2017, la Haute juridiction judiciaire précisait qu'il y avait irrégularité dès lors qu'un tiers avait été autorisé à assister à une perquisition et en « *capte le déroulement par le son ou l'image* ». Or, en l'espèce, cette circonstance n'est pas prise en compte, de sorte qu'il suffit qu'un tiers étranger à la procédure soit présent lors d'une perquisition sur autorisation d'une autorité publique. Notons que l'irrégularité relevée par la Cour de cassation porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne qu'elle concerne, sans grief à prouver. Pour autant, cette nullité ne pourra être invoquée que par la personne qu'elle concerne, qui ne peut être, selon la Chambre

criminelle, qu'une personne titulaire d'un droit sur le local perquisitionné (voir, notamment : Cass. crim., 6 février 2018, n° 17-84.380 et n° 17-84.380).

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 15 janvier 2019, n° 17-87.185 : conventionnalité d'une condamnation du chef de refus de se soumettre à un prélèvement biologique

En l'espèce, à l'occasion d'une manifestation non autorisée, deux fonctionnaires de police ont été victimes de jets de projectiles et de coups de la part de plusieurs individus ayant le visage dissimulé. Plusieurs personnes ont été placées en garde à vue, notamment un individu qui a refusé, au cours de cette mesure, de se soumettre aux opérations de relevés signalétiques et de prélèvement biologique destinées à permettre l'analyse et l'identification de son empreinte génétique (article 706-56, II, du CPP). À l'issue de l'enquête, il a été poursuivi devant le tribunal correctionnel pour, notamment, refus de se soumettre au prélèvement biologique destiné à l'identification de son empreinte génétique. Pour prononcer la relaxe de l'intéressé de ce chef de prévention, les juges du fond ont considéré qu'une telle incrimination est contraire à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales en se fondant que l'arrêt *Aycaguer c/ France* de la Cour de Strasbourg (CEDH, 22 juin 2017, n° 8806/12).

En effet, bien que déclaré conforme à la constitution sous deux réserves (Cons. const., déc. n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010), le dispositif relatif au prélèvement de l'empreinte génétique et à la conservation des données a mené la Cour européenne à considérer qu'il n'offre pas, en raison tant de sa durée que de l'absence de possibilité d'effacement, une protection suffisante du droit au respect de la vie

privée. Les juges de Strasbourg ont donc estimé que la condamnation pénale du requérant, pour avoir refusé de se soumettre au prélèvement destiné à l'enregistrement de son profil dans le fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG), s'analysait en une atteinte disproportionnée à son droit au respect de sa vie privée et ne pouvait passer pour nécessaire dans une société démocratique.

Pour autant, dans son arrêt du 15 janvier 2019, la Chambre criminelle casse la décision de la Cour d'appel au motif que le refus de prélèvement a été opposé par une personne qui n'était pas condamnée, mais à l'encontre de laquelle il existait des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 du CPP, de sorte qu'elle bénéficiait alors d'une « possibilité concrète », en cas d'enregistrement de son empreinte génétique au fichier, d'en demander l'effacement (article 706-54, alinéa 2, du CPP). En raison de cette possibilité concrète dont disposait l'intéressé de solliciter l'effacement des données enregistrées, la Cour de cassation considère que les durées de conservation sont proportionnées à la nature des infractions et aux objectifs des restrictions apportées au droit au respect de la vie privée.

Notons que le projet de loi de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice prévoit que les refus d'effacement du procureur pourront être directement contestés devant le président de la Chambre de l'instruction.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 23 janvier 2019, n° 18-82.833 : un stratagème peut caractériser un viol par surprise

En l'espèce, une femme âgée de 33 ans, avait déposé plainte du chef de viol contre un individu dont elle avait fait la connaissance sur

un site de rencontre et qui s'est présenté comme étant âgé de 37 ans, 1,78 m, architecte d'intérieur travaillant à Monaco, une photo ayant été jointe à son profil pour le représenter. Elle expliquait qu'au fil des mois une relation amoureuse s'était instaurée entre eux par téléphone et qu'elle avait accepté de se rendre à son domicile pour une première rencontre au cours de laquelle il était prévu qu'elle entre dans l'appartement, se bande les yeux sans l'avoir vu, se mette nue et le rejoigne dans la chambre guidée par sa voix. Elle indiquait s'être exécutée et que, comme convenu préalablement entre eux, l'homme lui avait attaché les mains et qu'ils avaient eu une relation sexuelle à l'issue duquel il l'avait détachée et autorisée à enlever son bandeau et qu'elle avait alors découvert un homme qui ne correspondait pas au profil du site de rencontre, mais était « *un vieil homme à la peau fripée et au ventre bedonnant* ».

Interpellé, l'intéressé reconnaissait avoir déjà réalisé ce scénario avec d'autres femmes et l'avoir reproduit avec la plaignante mais soutenait n'avoir jamais commis de viol, considérant que ces femmes s'étaient toutes rendues librement à son domicile dans l'optique d'avoir une relation sexuelle et qu'il n'avait exercé aucune violence sur elles. Malgré tout, au terme de son information judiciaire, le juge d'instruction ordonnait la mise en accusation du chef de viols commis par surprise sur les parties civiles mises en contact avec lui grâce à l'utilisation d'un réseau de communication électronique. Néanmoins, la Chambre de l'instruction a infirmé cette ordonnance de mise en accusation en retenant que « *la surprise ne peut être assimilée au sentiment d'étonnement ou de stupéfaction des plaignantes lors de la découverte des caractéristiques physiques de leur partenaire* ». Selon elle, si le stratagème utilisé avait pu constituer un moyen pour amener les plaignantes à se présenter au domicile du prévenu, elles avaient accepté d'avoir une relation sexuelle suivant un scénario élaboré par l'intéressé et étaient capables « *d'analyser une situation pour le moins originale et le cas échéant, de s'y dérober* », de sorte qu'« *aucune contrainte ou menace sérieuse* » n'avaient été exercées contre elles.

Dans son arrêt du 23 janvier 2019, au visa de l'article 222-23 du Code pénal, la Chambre criminelle casse l'arrêt de la Chambre de l'instruction en énonçant que « *l'emploi d'un stratagème destiné à dissimuler l'identité et les caractéristiques physiques de son auteur pour surprendre le consentement d'une personne et obtenir d'elle un acte de pénétration sexuelle constitue la surprise* ». Cette solution s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la surprise selon laquelle le défaut de consentement peut résulter d'une tromperie ou d'un acte commis à l'insu des victimes dont l'exemple classique est celui d'un individu qui s'introduit dans la chambre et dans le lit d'une femme endormie, dont le mari vient de sortir (voir, encore récemment : Cass. crim., 11 janvier 2017, n° 15-86.680). La jurisprudence qualifie également de « *stratagèmes* » des cas par lesquels l'auteur des faits abuse de certaines situations ou crée des conditions de nature à tromper les victimes sur la situation exacte (Cass. crim., 8 février 2017, n° 16-80.057, s'agissant d'un médecin ORL qui, à l'occasion d'exams, pratique des caresses et attouchements sexuels). A l'inverse, en revanche, la jurisprudence considère que la surprise qui consiste à surprendre le consentement de la victime ne saurait être confondue avec la surprise exprimée par cette dernière, laquelle a déclaré être « *tombée des nues* » (Cass. crim., 25 avril 2001, n° 00-85.467).

moitié des frais de logement et d'électricité exposés au cours de leur vie commune, laquelle se compensait avec sa dette envers celui-ci. La Cour de cassation censure les juges du fond au visa de l'article 214 du Code civil. Elle énonce qu'aucune disposition légale ne règle la contribution des concubins aux charges de la vie commune, de sorte que chacun d'eux doit, en l'absence de volonté exprimée à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a engagées. Concrètement, la Cour de cassation refuse de transposer les règles relatives au mariage au concubinage. Déjà la Cour de cassation avait affirmé que l'obligation de contribuer aux charges du mariage ne peut s'appliquer à une période de concubinage, même antérieure à l'union (Civ. 1^{re}, 9 janvier 1979). La liberté de rompre le concubinage est justifiée par l'absence d'engagement juridique des concubins (Civ. 1^{re}, 20 juin 2006). Aussi la simple rupture de l'union libre ne saurait, à elle seule, engager la responsabilité de son auteur, quel que soit le préjudice éprouvé par le concubin. Le seul moyen étant de recourir aux règles de droit commun. Mais, là encore, la tendance de la Cour de cassation est claire : pas de faveur, mais une application rigoureuse des mécanismes du droit des obligations. La Cour de cassation veut ainsi respecter l'existence d'une situation de fait en lui refusant un statut général. Ainsi pour les charges de la vie commune, la seule possibilité reconnue aux concubins est de convenir d'une telle contribution par la voie conventionnelle.

Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1^{re}, 19 déc. 2018, n° 18-12.311 : Le concubinage n'est pas le mariage...

Un couple de concubins se sépare, puis l'ex-concubin demande à son ancienne compagne de lui rembourser les sommes qu'il a exposées pour la création de son commerce. Les juges du fond rejettent la demande du concubin en retenant que la concubine reconnaissait lui devoir une certaine somme, mais qu'elle détenait à son égard une créance représentant la

Droit des biens

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 3^e, 13 déc. 2018, n° 17-31.270 : Précisions des conditions de l'action en bornage

Dans le cadre de cette espèce, les propriétaires de parcelles assignent en bornage le propriétaire d'une parcelle voisine. Il faut relever que la configuration des lieux faisait apparaître une séparation des fonds par une falaise de plusieurs mètres. Les juges du fond

rappellent que l'action en bornage est fermée lorsque les terrains sont séparés par une limite naturelle et « *infranchissable sans moyen technique approprié* ». Toutefois, les propriétaires forment un pourvoi, se fondant sur l'article 646 du Code civil, ils considèrent que la contiguïté des fonds constitue « *la condition nécessaire et suffisante à l'accueil d'une demande en bornage* ». La Haute cour rejette le pourvoi et considère que la cour d'appel qui retient à bon droit que l'action en bornage ne peut être exercée lorsque des fonds sont séparés par une limite naturelle et constate que la parcelle du défendeur à l'action en bornage est séparée des parcelles des demandeurs par une falaise dessinant une limite non seulement naturelle mais encore infranchissable sans moyens techniques appropriés en déduit exactement que l'action n'est pas fondée. L'article 646 du Code civil prévoit que tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. L'appréciation du caractère contiguë relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. En ce sens, cet arrêt reprend une solution déjà affirmée par la Cour de cassation à propos d'un cours d'eau (Civ. 3e, 12 octobre 2004).

Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1re, 19 décembre 2018, n° 17-22.056 : Partialité dans la présentation de la décision

Au fond, le litige se cristallise autour du partage d'une succession. L'une des parties forme un pourvoi en cassation afin de contester d'une part la solution au fond et, d'autre part, le manque d'impartialité des juges. En effet, selon le pourvoi, les juges du fond n'auraient que très succinctement repris l'objet de ses prétentions et le détail de son argumentation pour faire bien plus largement place à ceux invoqués par son contradicteur. Retenant la partialité des juges du fond, la Haute cour considère qu'en exposant ainsi les moyens et prétentions des parties, selon des modalités différentes de nature à faire peser

un doute légitime sur l'impartialité de la juridiction, la cour d'appel a violé l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que les articles 455 et 458 du Code de procédure civile. Si les termes de la décision permettent de révéler le défaut d'impartialité du juge (Soc. 8 avr. 2014), c'est la première fois que la Cour de cassation retient un manque d'impartialité dans la présentation de la décision. En effet en l'espèce, les juges du fond avaient, confirmé le jugement contesté en toutes ses dispositions après s'être limité, au titre du rappel des moyens et prétentions de l'appelante, à relever, en un seul paragraphe, qu'« *eu égard à la longueur de ses dernières écritures (...), et notamment des 5 pages de leur dispositif lequel, mélangé de moyens, est particulièrement confus, la cour s'y référerait expressément en application des dispositions de l'article 455 du Code de procédure civile* ». En revanche, ils avaient consacré plus de dix pages, d'une décision qui en comporte vingt-cinq, au rappel détaillé des prétentions et moyens du contradicteur. Une présentation à ce point déséquilibrée des argumentations respectives des parties était de toute évidence incompatible avec l'impartialité exigée du magistrat. Enfin la décision est aussi intéressante sur le terrain de la motivation des décisions. En effet, la motivation, c'est-à-dire l'ensemble des explications de fait et de droit, est une garantie essentielle permettant de faire obstacle à l'arbitraire et à la partialité des juges.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1^{ère}, 19 septembre 2018, pourvoi n° 16-20.164 : La relativité de la faute contractuelle du courtier.

Depuis l'arrêt Civ. 3^{ème}, 18 mai 2017 (« *le seul manquement à une obligation contractuelle de résultat de livrer un ouvrage conforme et exempt de vices est impropre à caractériser une faute délictuelle* ») et les quelques-uns qui l'ont suivi, il existe un doute sérieux quant à la

pérennité de la solution portée par l'arrêt *Bootshop* (Ass. plén. 6 octobre 2006 : « *le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* »). Pour certains auteurs, la solution de l'arrêt *Bootshop* est même d'ores et déjà abandonnée (avant d'être enterrée partiellement mais définitivement par le projet de réforme de la responsabilité civile ?). Il semble que la Cour de cassation ait voulu démentir l'affirmation doctrinale en décidant, dans l'arrêt Civ. 1^{ère}, 19 septembre 2018, sur le fondement de l'article 1240 du Code civil, que les juges du fond auraient dû rechercher « *si, en proposant à son client, pour assurer ses membres, d'adhérer à une garantie de remboursement de frais de santé complémentaire qui ne pouvait bénéficier qu'à des salariés, le courtier n'avait pas commis un manquement contractuel dont la mutuelle, tiers au contrat, pouvait se prévaloir sur le fondement de la responsabilité délictuelle* ». Autrement dit, la mutuelle, tiers au contrat d'assurance, peut agir sur le fondement délictuel à l'encontre d'un courtier, en invoquant le manquement contractuel commis par celui-ci dans le cadre de la souscription par une assurance d'une garantie inadaptée à ses besoins. A bien lire, dans un ensemble contractuel, fondé sur l'intermédiation d'un courtier, la Cour de cassation semble maintenir le principe d'identité des fautes contractuelle et délictuelle. En attendant de nouveaux éclairages...

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1^{ère}, 3 octobre 2018, pourvoi n° 16-19.619 : De la distinction entre obligation d'information et obligation de conseil et de renseignement.

Voici une distinction essentielle en droit commun des obligations comme dans certaines matières spéciales (en matière de crédit à la consommation ou encore en matière de pratiques restrictives de concurrence) ;

pourtant, elle reste souvent difficile à discerner, notamment parce que la frontière entre l'information et le conseil n'est parfois que sémantique (comme en droit médical). En l'espèce, la Cour de cassation offre cependant un exemple substantiel de cette distinction à propos des obligations d'un notaire en charge de la rédaction d'un contrat de mariage. La décision de la Haute juridiction est à ce titre d'une pédagogie remarquable : « *le notaire chargé de rédiger le contrat choisi par des futurs époux est tenu, non pas de les informer de façon abstraite des conséquences des différents régimes matrimoniaux, mais de les conseiller concrètement au regard de leur situation, en les éclairant et en appelant leur attention, de manière complète et circonstanciée, sur la portée, les effets et les risques des régimes matrimoniaux pouvant répondre à leurs préoccupations* ». Autrement dit, la distinction entre l'information et le conseil repose à la fois sur une différence d'objet et d'intensité : d'un côté, l'information a un objet brut, abstrait et objectif (ici, une information à caractère juridique) tandis que le conseil a une dimension pratique, concrète et subjective (ici, un conseil juridique adapté à la situation des parties) ; de l'autre, l'information doit seulement être communiquée et le destinataire doit lui-même en apprécier la teneur tandis que le conseil se doit d'être efficace, orienté et utile.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 24 octobre 2018, pourvoi n° 17-25.672 : Le non-cumul des fondements ne signifie pas le non-cumul des demandes.

La présente décision rappelle une solution constante en jurisprudence (V. l'important arrêt Com. 13 juillet 2010), qui pourrait être ainsi formulée : il ne faut pas confondre le principe de non-cumul des responsabilités et le possible cumul des demandes ou encore, le principe de non-cumul des responsabilités n'interdit pas de cumuler les demandes. Ainsi, dans l'arrêt du 24 octobre

2018, les hauts conseillers décident que « *ce principe [de non-cumul] interdit seulement au créancier d'une obligation contractuelle de se prévaloir, contre le débiteur de cette obligation, des règles de la responsabilité délictuelle et n'interdit pas la présentation d'une demande distincte, fondée sur l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, qui tend à la réparation d'un préjudice résultant non pas d'un manquement contractuel mais de la rupture brutale d'une relation commerciale établie* » (Com. 24 octobre 2018). Comme dans l'arrêt de 2010, la présente décision a deux significations : d'un point de vue substantiel, il n'est pas interdit de cumuler les demandes en paiement de dommages-intérêts fondés, d'un côté, sur le contrat, de l'autre, sur le fait illicite, dès lors que sont invoqués des préjudices distincts ; d'un point de vue processuel, si l'action au principal doit être de nature contractuelle lorsque semble en cause l'inexécution d'une obligation contractuelle, rien n'interdit d'agir subsidiairement sur le fondement de délictuel (au cas où...) s'il existe tout de même un doute sur la nature de la faute en cause. C'est d'ailleurs une utile prudence pour le demandeur à l'heure du principe de concentration des moyens (Ass. plén. 7 juillet 2006, *Césaréo* : « *il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci* »).

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1^{ère}, 14 novembre 2018, pourvoi n° 17-27.980 : Pas de préjudice sans réalisation du risque.

La présente affaire prend ses racines dans la vaccination contre l'hépatite B et s'inscrit, au moins partiellement dans une longue saga prétorienne dont on connaît les principaux soubresauts (Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008 ; Civ. 1^{ère}, 10 juillet 2013). Pourtant, la question principalement traitée par la Cour de cassation n'a pas trait aux difficultés à démontrer la causalité entre l'administration du vaccin et la

survenance d'une maladie démyélinisante. En l'espèce, les parents d'un enfant vacciné et ayant par la suite développé des troubles pathologiques graves agissent contre le fabricant du vaccin et contre le médecin ayant procédé à la vaccination. Il reprochait notamment à ce dernier un manquement à son obligation de sécurité et un manquement à son obligation d'information contre les effets indésirables du vaccin, ses contre-indications et de ses autres possibles effets nocifs. A ce dernier titre, les parents invoquent un préjudice moral d'impréparation. Cependant, en l'espèce, les risques potentiels ne se sont pas réalisés (il ne sera pas prouvé par ailleurs que la maladie découle du vaccin). Dès lors, la question posée aux juges était de savoir si un préjudice d'impréparation est réparable alors même que le risque dont le patient devait être averti ne s'est pas réalisé. Alors que les conseillers d'appel avaient répondu positivement, ce qui conduisait à réparer un préjudice d'opportunité et seulement éventuel, la Cour de cassation décide en toute rigueur que, lorsqu'aucun risque dont les requérants auraient dû être informés ne s'est réalisé, le préjudice d'impréparation invoqué n'est pas réparable. En cela, la Cour de cassation reprend les bases de sa jurisprudence en matière de préjudice d'impréparation, initiées par l'important arrêt Civ. 1^{ère}, 23 janvier 2014.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 10 juillet 2018, pourvoi n° 16.694 : L'affaire « Taittinger » ou un arrêt « Bordas » à l'envers.

Dans la célèbre affaire *Bordas*, un associé agissait contre la société qui utilisait son nom patronymique comme nom commercial ; la Cour de cassation avait profité de l'occasion pour décider que la propriété d'un nom commercial s'acquiert dès le premier usage public et personnel (Com. 12 mars 1985). La présente affaire repose sur l'hypothèse contraire : une société qui exploite le nom de famille d'un ancien

actionnaire entend obtenir du juge l'interdiction pour cet ancien actionnaire d'utiliser commercialement son nom. En l'espèce, une telle utilisation avait été interdite conventionnellement dans l'acte de cession conclu au nom de l'ancien actionnaire par un mandataire. Or, c'est sur ce point que se cristallise le contentieux : la cour d'appel fait droit à la société, mais se trouve censurée par la Haute juridiction non réellement sur le terrain du droit commercial mais sur celui du mandat et de la représentation. En effet, la Cour de cassation décide que « *le mandat de vente, qui autorisait, en termes généraux, le mandataire à souscrire à tout engagement ou garantie n'emportait pas le pouvoir, pour celui-ci, de consentir une interdiction ou une limitation de l'usage, par son mandant, de son nom de famille, constitutives d'actes de disposition* ». Ainsi, la présente décision fait droit à l'ancien actionnaire et constitue en apparence une protection de ce dernier. Mais il ne s'agit bien que de cela... une protection apparente. Autorisons-nous une lecture en creux de la décision. Si le mandat donné avait été spécial, la clause de non-exploitation du nom aurait été opposable à l'ancien actionnaire. Encore, s'il avait conclu lui-même la vente de ses droits sociaux, la clause lui aurait été opposable. Autrement dit, le plus souvent, une telle clause est opposable à l'ancien actionnaire. En bref, la société qui exploite un nom de famille à titre de nom commercial (et de marque en l'occurrence) peut interdire conventionnellement à l'associé (ou ancien associé) d'exploiter *a posteriori* ce nom à titre commercial.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 26 septembre 2018, pourvoi n° 16-28.133 : De la solidarité en matière commerciale.

Voici un arrêt riche d'enseignements : est en cause la solidarité entre commerçants que l'on sait découler d'un usage *contra legem* moyenâgeux. En l'espèce, deux des trois

cessionnaires de droits sociaux agissent contre les cédants en paiement d'une somme d'argent correspondant à une garantie de passif, avant que le troisième cessionnaire ne fasse de même mais après le délai de prescription de l'action en paiement. La question se pose de savoir si, au nom de la solidarité commerciale, le troisième cessionnaire pouvait se prévaloir de l'effet interruptif de prescription né de l'action des deux autres cessionnaires (art. 1312 nouveau C. civ., art. 1199 ancien). Les juges du fond avaient répondu positivement, relevant que les cessionnaires avaient tous la qualité de commerçant et bénéficiaient donc effectivement de la solidarité commerciale. La Cour de cassation censure en rappelant, sur le fondement de l'ancien article 1197 du Code civil, que la solidarité active ne se présume pas. Autrement dit, les hauts conseillers décident qu'à la différence de la solidarité passive, la solidarité active ne se présume pas en matière commerciale et suppose que le titre donne expressément à chacun des créanciers le droit de demander le paiement du total de la créance.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 26 septembre 2018, pourvoi n° 16-21825 : Enième rappel des conditions de l'abus de majorité.

Depuis l'arrêt *Schumann-Picquart* (Com. 18 avril 1961), la jurisprudence est constante quand aux conditions cumulatives de l'abus de majorité. Ainsi, doit être cassé, sur le fondement de l'article 1240 du Code civil, l'arrêt d'appel qui a prononcé l'annulation d'une délibération d'assemblée générale décidant de la diminution du montant du compte courant dont un associé demandait remboursement au motif que cette décision était entachée d'un abus de majorité, dès lors qu'il n'était pas établi que cette décision litigieuse était contraire à l'intérêt social et avait été prise dans l'unique dessein de favoriser les associés majoritaires au détriment des associés minoritaires.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 2^{ème}, 27 septembre 2018, pourvoi n° 17-22.013 : De la cohérence entre le régime de l'EIRL et le droit du traitement des entreprises en difficultés.

Un entrepreneur individuel à responsabilité limitée en difficultés relève-t-il du droit des procédures collectives ou bénéficie-t-il d'une procédure de surendettement ? La réponse n'est pas définitive ; c'est le sens de la présente décision de la Cour de cassation. En l'espèce, un juge d'instance rejette une demande de traitement d'une situation de surendettement dès lors que le demandeur exerce son activité sous le régime de l'EIRL. La décision est logiquement censurée par le Cour de cassation, sur le fondement des articles L. 711-1 et L. 711-7 du Code de la consommation (relatifs au droit du surendettement) ; selon les hauts conseillers, la seule circonstance que le patrimoine affecté de l'EIRL relève des procédures collectives régies par le Code de commerce n'est pas de nature à exclure que les dettes non professionnelles, lesquelles relèvent du patrimoine personnel et non affecté, entrent dans le champ du traitement du surendettement.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 3^{ème}, 11 octobre 2018, pourvoi n° 17-23.211 : La liberté d'association d'un commerçant intégré.

Témoignage de la fondamentalisation du droit civil et du droit des affaires, la jurisprudence est particulièrement constante en matière de liberté d'association des commerçants, installés dans un centre

commercial : les juges annulent systématiquement les clauses d'un bail commercial obligeant le preneur à adhérer à une association des commerçants de l'enceinte commerciale (Ass. plén. 9 février 2001 ; Civ. 1^{ère}, 20 mai 2010 ; Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2012 ; Civ. 1^{ère}, 27 septembre 2017). La présente décision ne déroge pas à ce mouvement : « *Ayant relevé, par une interprétation souveraine, exclusive de dénaturation, que le bail stipulait que le preneur ne s'était pas engagé à participer aux frais de promotion et d'animation du centre commercial, mais à adhérer à l'association des commerçants et qu'en cas de retrait, le preneur restait tenu de régler à l'association sa participation financière aux dépenses engagées pour l'animation du centre commercial, de sorte que cette clause, qui entravait la liberté de ne pas adhérer à une association ou de s'en retirer en tout temps, était entachée de nullité absolue, une cour d'appel en déduit exactement que la locataire ne s'était pas directement engagée à participer aux frais de fonctionnement de l'association et que la demande en paiement des cotisations devait être rejetée* ».

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 24 octobre 2018, pourvoi n° 16-28.104 : Dissolution, à qui la faute ?

Le gérant-associé d'une SARL qui annonce son retrait peut-il voir sa responsabilité engagée pour la dissolution subséquente de la société ? En théorie au moins, la réponse est positive, encore que la faute ne saurait découler du seul retrait ; il appartient aux autres associés, demandeurs en dommages-intérêts de démontrer la faute du gérant-retrayant. C'est en substance la décision des hauts conseillers lorsqu'ils constatent, à la suite des juges du fond, que le désengagement du gérant-associé majoritaire d'une SARL en raison de désaccords avec ses associés sur la gestion de cette dernière et de dissensions sur la création du site internet, ne met pas en péril la société laquelle pouvait

poursuivre son projet en recrutant directement un autre développeur. Encore, lorsque le gérant-associé n'a pas eu l'occasion de mener à terme le processus de son retrait, les associés ayant pris l'initiative, dès l'annonce de sa décision, de réunir l'assemblée générale extraordinaire pour décider de la dissolution de la société, la décision de dissoudre la société ne peut être imputée à faute au gérant-associé majoritaire retrayant.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 3^{ème}, 25 octobre 2018, pourvoi n°17-26.126 : Une condition d'immatriculation au RCS toujours plus relative.

Commençons par rappeler deux règles classiques du droit des baux commerciaux : d'un côté, la sanction du non-respect de la condition d'immatriculation au RCS par le preneur au bail commercial n'est pas l'impossibilité pour celui-ci de se prévaloir du statut des baux commerciaux, mais seulement l'impossibilité d'exiger le renouvellement du bail (Civ. 3^{ème}, 1^{er} octobre 2003) ; de l'autre, en vertu de l'article L. 145-5 du Code de commerce, le preneur d'un bail dérogatoire qui reste dans les lieux à l'issue du bail peut rechercher le bénéfice d'un nouveau bail soumis au régime statutaire. La présente affaire se situe au carrefour de ces deux interrogations : le preneur d'un bail dérogatoire resté dans les lieux au terme du bail doit-il être régulièrement immatriculé au RCS pour bénéficier de l'entier statut ? La réponse de la Cour de cassation est sans ambages et négative : « *l'inscription au registre du commerce et des sociétés n'est pas nécessaire pour que s'opère un nouveau bail régi par le statut des baux*

commerciaux et en a exactement déduit que [le preneur] était devenu titulaire d'un bail statutaire de neuf ans ».

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 14 novembre 2018, pourvoi n° 16-26.115 : Compétence étendue du tribunal de commerce en matière de sociétés commerciales.

Pour rappel, l'article L. 721-3, 2° du Code de commerce dispose que : « *Les tribunaux de commerce connaissent : (...) 2° De celles [des contestations] relatives aux sociétés commerciales ; (...)* ». Dans un arrêt important de 2009, la Cour régulatrice a posé les bases d'une appréciation étendue de ce dispositif en affirmant que le juge commercial est compétent pour statuer sur une action en responsabilité intentée à l'encontre d'une personne, qui n'est ni dirigeant de droit, ni commerçant, mais dont le comportement prétendument illicite à un lien direct avec la gestion d'une société commerciale. La présente décision s'inscrit dans le même fil prétorien : dès lors que les manquements commis par le gérant d'une société commerciale à l'occasion de l'inexécution d'un contrat, se rattachent par un lien direct à la gestion de celle-ci, peu importe qu'il n'ait pas la qualité de commerçant, ni ait accompli des actes de commerce. La Cour régulatrice pousse le raisonnement en affirmant qu'il en est de même du liquidateur que du gérant, puisqu'ils agissent, par principe, dans l'intérêt social et réalise des opérations se rattachant directement à la gestion de la société.

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.

La future réforme des concours de la magistrature

Alors que la précédente réforme des 1^{er}, 2^{ème} et 3^{ème} concours de l'entrée à l'École Nationale de la Magistrature a 10 ans, voilà que s'annonce une nouvelle réforme. Elle était attendue, des bruits de couloir se faisaient toujours plus audibles, à l'ISP nous en parlions depuis maintenant un moment. La réforme arrive, elle devrait entrer en vigueur pour les concours 2020. La réforme est d'importance et pour nous la présenter nous recevons aujourd'hui Julie Haberman, directrice de l'ISP et Jacob Berrebi, professeur de droit civil.

<https://soundcloud.com/prepaisp/la-future-reforme-des-concours-de-la-magistrature>

Le grand débat national

La crise des Gilets jaunes a surpris tout le monde. Elle perdure, ce qui témoigne d'un mal démocratique et sociétale aussi réel que profond. Le Président et le Gouvernement entendent enfin y répondre... par un grand débat national. S'il devait être organisé par la CNDP (la Commission Nationale du Débat Public), il sera en réalité mené par le Gouvernement, précisément par deux de ses ministres.

Le grand débat national est engagé sur tout le territoire entre janvier et mars. Des propositions concrètes devront en découler en avril.

Alors le grand débat national constitue-t-il un renouveau démocratique ?

Avec Philippe Mazet, professeur de culture générale.

<https://soundcloud.com/prepaisp/le-grand-debat-national>

La réforme de la justice

Le 15 janvier, les avocats, les magistrats et les greffiers ont une nouvelle fois manifesté contre la réforme annoncée de la Justice, menée par Madame la Garde des Sceaux Nicole Belloubet. Particulièrement suivie, cette journée « Justice morte » intervient alors que le texte revient à l'Assemblée Nationale pour une deuxième lecture.

La position du Gouvernement et de la majorité parlementaire semble faite et définitive. La Justice n'est pas même un thème du Grand Débat National. Pour tous les professionnels de la Justice, la réforme est synonyme de déshumanisation de la Justice, moindre qualité et diminution de ses moyens. Pour le Gouvernement, il s'agit d'une évolution placée sous l'égide de la modernisation.

Avec Olivier Bachelet, magistrat et enseignant en droit pénal et Franck Touret, enseignant en droit civil.

<https://soundcloud.com/prepaisp/la-reforme-de-la-justice>

Le métier de conseiller de Tribunal Administratif

Lorsque l'on parle de magistrat, de juge, on songe spontanément au juge judiciaire avec sa robe. C'est oublier que la France repose sur un principe de dualité des juridictions. A côté de la juridiction judiciaire, elle dispose aussi de la juridiction administrative.

La juridiction administrative reste néanmoins mystérieuse. Pas de série télé, par de film américain, pas de crime, finalement on ne sait pas grand-chose des femmes et des hommes qui œuvrent au sein des juridictions administratives.

Pour mieux connaître le métier de conseiller de Tribunal Administratif, nous avons avec nous M. Benjamin Rohmer, 1^{er} conseiller au Tribunal Administratif de Paris.

<https://soundcloud.com/prepaisp/le-metier-de-conseiller-de-tribunal-administratif>

Devenir conseiller de Tribunal Administratif par concours (accès direct)

Conseiller de Tribunal Administratif et Cour Administrative d'Appel est un métier qui n'a plus de secret pour les auditeurs de l'ISP suite à notre podcast précédent à ce sujet. Reste le concours. Il s'agit d'un concours qui nous semble spécifique, car il n'a pas d'équivalent. Il permet d'accéder à un corps de l'ENA de façon directe, c'est-à-dire sans faire l'ENA, et il s'est imposé comme une des voies principales d'accès au corps de conseiller de TA.

Avec Anne Villette, conseillère au Tribunal Administratif de Versailles, issue de ce concours.

<https://soundcloud.com/prepaisp/devenir-conseiller-de-tribunal-administratif-par-concours-acces-direct>

La dépense publique

Les manifestations des gilets jaunes se poursuivent. Les foulards rouges veulent faire entendre leur voix. Les débats se politisent à l'approche des prochaines élections européennes. Le grand débat national est un succès populaire et démocratique.

Dans cet environnement, le Ministère de l'Economie et des Finances, « Bercy », a diffusé un tableau intitulé « Ce que financent 1000 euros de dépenses publiques ».

Objet d'information et/ou de communication politique, ce tableau et les chiffres qu'il récapitule, interpellent.

Décrivons-le et commentons-le avec Philippe Mazet, Professeur de culture générale au sein de l'ISP, et ancien administrateur du Ministère des finances.

<https://soundcloud.com/prepaisp/la-depense-publique>

Les hommes politiques peuvent-ils dire n'importe quoi ?

Certaines personnes de l'opposition, y compris des responsables importants de partis politiques, ont affirmé que le Président de la République Emmanuel Macron a vendu l'Alsace à l'Allemagne en signant le Traité d'Aix-la-Chapelle avec la Chancelière Angela Merkel.

Evidemment, il n'en est rien et l'information est fautive. Mais le mal a été fait auprès d'une partie de la population.

Comment concevoir que des responsables politiques puissent ainsi dire n'importe quoi, volontairement propager de fausses informations ? La question peut apparaître naïve ; afin d'éviter un discours utopiste ou simplement moralisateur, revenons plus généralement sur la liberté d'expression des hommes et femmes politiques ainsi que sur leur responsabilité.

Avec Matthieu Thauray et Laurent Malka, professeurs de droit public et libertés fondamentales.

<https://soundcloud.com/prepaisp/les-hommes-politiques-peuvent-ils-dire-nimporte-quoi>

Spécial 35 ans de l'ISP : que sont-ils devenus ? Lionel Spizzichino, avocat associé chez Wilkie Farr

En cette année 2019, l'ISP fête ses 35 ans : nous recevons tout au long de l'année des anciens de l'ISP pour découvrir ce qu'ils sont devenus. Aujourd'hui, nous avons le plaisir de recevoir Maître Lionel SPIZZICHINO, 46 ans, ancien élève de l'ISP. Il a préparé le CRFPA avec nous. Aujourd'hui, il est un avocat réputé, spécialisé en restructuring. Précisément, Lionel SPIZZICHINO est associé-monde dans le Cabinet américain Wilkie Farr. Il va nous raconter son quotidien, son activité et prodiguer quelques conseils aux futures générations d'avocat.

<https://soundcloud.com/prepaisp/special-35-ans-de-lisp-que-sont-ils-devenus-lionel-spizzichino-avocat-associe-chez-wilkie-farr>



CRISP

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation

