
BMA Bulletin Mensuel d'Actualités du **CRISP**

N° 47 – 2020

Sommaire

L'édito	p. 3
L'article du mois	p. 5
La chronique du praticien	p. 12
L'actualité	p. 16
Les vidéos et les podcasts	p. 33



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

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.

L'article du mois

Présentation des principales dispositions de l'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du Code de la justice pénale des mineurs

Par Olivier Bachelet



The logo for PREPA ISP, with 'PREPA' in black and 'ISP' in a larger black font, flanked by red horizontal bars above and below.

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

Vanessa MAURICIO

vanessa.mauricio@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

« Jusqu'ici tout va bien... »

L'heure est-elle grave ? Faut-il avoir peur du Coronavirus ? Quelles mesures prendre ?

Depuis quelques jours, l'inquiétude est patente. Selon un sondage dévoilé par « Le Parisien » dimanche 1er mars, 61% des Français sont inquiets pour eux et leur famille face à la propagation du nouveau coronavirus. Avouons-le immédiatement dans ces colonnes : nous sommes quelques-uns au sein de l'ISP à nous interroger sur la propagation du Covid-19 ! il est vrai qu'en tant qu'institut d'enseignement supérieur nous avons une responsabilité... et nous sommes parfois une cinquantaine ensemble en salle.

Comment analyser la situation ? Faut-il nous adapter ? Si oui, quelles mesures prendre ?

Essayons de répondre à la première question ; d'abord, proposons une analyse objective / quasi-scientifique de la situation.

L'épidémie de Coronavirus est-elle si grave ?

Commençons par une comparaison avec la grippe saisonnière, puisqu'il y a assurément une parenté entre ces maladies. En France, pour la saison 2018-2019, la grippe a fait 8 100 morts. La létalité (le nombre de morts par rapport à la population infectée) de la grippe saisonnière est de 0,2 à 0,5% selon Santé publique France (via « Libération »). Le 5 mars 2020, le Coronavirus ou Covid-19 a touché en France 423 personnes et fait 7 morts (depuis janvier). Bien que l'on ne soit pas au bout de l'épidémie, ces chiffres semblent dérisoires par rapport aux précédents, bien qu'il faille aussi les relativiser puisque la létalité du Coronavirus se situe aux environs de 3% (entre 10 et 14% pour la rougeole, qui n'est malheureusement pas éradiquée contrairement à une idée reçue).

Seuls les rassemblements de plus de 5000 personnes en milieu fermé sont pour le moment interdits. Les rassemblements en plein air sont examinés au cas par cas.

Or, à l'ISP, nos élèves sont toujours dans des classes de maximum 50 élèves (pour des raisons pédagogiques et non sanitaires). Aussi, pourrions-nous tout simplement rester indifférents face à la situation.

Proposons donc maintenant une analyse plus subjective et disons le plus psychologique.

Est-ce faux d'affirmer que l'on frise la psychose ambiante ? L'Etat diffuse sur toutes les chaînes et toutes les ondes des messages d'alerte. Les médias sont centrés uniquement sur la question au point que la condamnation des époux Balkany pour fraude fiscale (https://www.lepoint.fr/politique/fraude-fiscale-les-epoux-balkany-condamnes-en-appel-a-3-ans-ferme-04-03-2020-2365603_20.php) est la dernière brève des journaux télévisés. On ne parle presque pas de la fin du modèle Uber et coup fatal porté par la Cour de cassation à l'entreprise de VTC par un arrêt retentissant du 4 mars 2020 (https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/374_4_44522.html).

« Heureusement » ou « Malheureusement », la cérémonie des César, son palmarès et la « pathétique » pour certains, « courageuse » pour d'autres, indignation de Florence Foresti

(<https://www.lefigaro.fr/flash-actu/cesar-2020-le-palmares-de-la-ceremonie-20200229>) ont constitué des quasi-moments de détente.

Plus concrètement, les pharmacies connaissent une pénurie de masques (lesquels ne devraient servir qu'aux malades et au corps médical) ; l'Etat a décidé de réglementer le prix des liquides et gels hydro-alcooliques. La plupart des manifestations culturelles et sportives sont annulées – y compris le sacro-saint marathon de Paris – ou doivent se dérouler à huis-clos. Le personnel du Louvre a exercé son droit de retrait ; certains personnels des transports publics font de même. Toutes les régions de France sont touchées. Nos voisins italiens ont fermé les écoles et les universités. Certains pays ferment leurs frontières. Partout, les malades sont mis en quarantaine... quand on découvre – trop tard – qu'ils sont malades.

L'ambiance est pré-apocalyptique ; on croirait presque que les zombies de *The walking dead* vont nous pourchasser dans les prochains temps.

Autrement dit, il y a autant de raison de ne pas craindre ce virus (« Pauvres fous inconscients ! ») que d'en avoir une peur viscérale (« sacrés anxieux pathologiques »).

A l'ISP, nous ne pouvons que respecter les uns et les autres, nos propres équipes sont divisées sur la question (et oui, votre serviteur est l'un de ses anxieux, alors que notre directrice, Julie Haberman est « anormalement » super cool). Alors ne nous moquons pas ! Choisissons le raisonnable.

Déjà faisons preuve de diligences. Aérons les salles de cours, mettons à disposition de tous du gel hydro-alcoolique (si on en trouve...). Prenons soin tout particulièrement de respecter les règles d'hygiène propices à la situation et faisons-les respecter. Plus de bises, plus de serrages de mains, plus de « check », et nos professeurs s'engagent à limiter la portée de leurs postillons.

Surtout permettons à chacun de faire son choix : alors qu'à l'ISP, certaines formations se suivent nécessairement en présentiel, nous avons décidé que – pour le temps de l'épidémie – toutes les formations pourront être suivies par nos élèves directement chez eux sur leur espace réservé.

Voilà ce que nous pouvons faire pour le moment à notre niveau.

Mais si vous avez d'autres suggestions, n'hésitez pas, nous sommes à votre écoute (contact@prepa-isp.fr)

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

L'article du mois

Présentation des principales dispositions de l'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du Code de la justice pénale des mineurs

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat et enseignant au sein de l'ISP

1. – *D'une ordonnance à l'autre.*

Conformément aux dispositions de l'article 93 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le gouvernement a été autorisé à prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour modifier et compléter les dispositions relatives à la justice pénale des mineurs, dans le respect des principes constitutionnels qui lui sont applicables et des conventions internationales, ainsi que pour regrouper et organiser ces dispositions dans un Code de la justice pénale des mineurs (ci-après désigné CJPM). Les objectifs poursuivis par cette codification sont au nombre de quatre : simplifier la procédure pénale applicable aux mineurs délinquants ; accélérer leur jugement pour qu'il soit statué rapidement sur leur culpabilité ; renforcer leur prise en charge par des mesures probatoires adaptées et efficaces avant le prononcé de leur peine, notamment pour les mineurs récidivistes ou en état de réitération ; améliorer la prise en compte de leurs victimes.

Dans cette perspective, l'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019, portant partie législative du CJPM, a été publiée au *Journal officiel de la République française* du 13 septembre 2019. Ses dispositions entreront en vigueur le 1^{er} octobre 2020, date à laquelle l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945, relative à l'enfance délinquante, sera abrogée. Cette substitution d'un CJPM à l'ordonnance de 1945 s'explique, d'une part, par les multiples réformes

dont cette ordonnance a fait l'objet depuis sa promulgation au sortir de la seconde guerre mondiale et, d'autre part, par l'éparpillement des dispositions relatives à la matière, dont une partie non négligeable se trouve dans le Code de procédure pénale, suscitant un sentiment d'illisibilité, voire d'incohérence, non seulement chez les praticiens, mais aussi chez les justiciables.

2. – Principes directeurs. Figurant en annexe de l'ordonnance du 11 septembre 2019, le CJPM s'ouvre sur un article préliminaire qui reprend le principe fondamental reconnu par les lois de la République dégagé par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002. Aux termes de cet article préliminaire, en effet, le CJPM « régit les conditions dans lesquelles la responsabilité pénale des mineurs est mise en œuvre, en prenant en compte l'atténuation de cette responsabilité en fonction de leur âge et la nécessité de rechercher leur relèvement éducatif et moral par des mesures adaptées à leur âge et leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées ». Cet article préliminaire est suivi d'un titre préliminaire relatifs aux « principes généraux de la justice pénale des mineurs » qui distingue ceux relatifs au droit pénal et ceux relatifs à la procédure pénale et mentionnent plusieurs « dispositions communes ».

Cette présentation rappelle la préconisation qui avait été émise dans le rapport, remis en 2008 au garde des Sceaux, par la Commission de propositions de réforme de l'ordonnance du 2 février 1945 relative aux mineurs délinquants présidée par le professeur André Varinard. Parmi les principes directeurs ainsi rappelés, l'on retrouve, notamment, l'exigence de discernement comme condition à l'engagement de la responsabilité pénale du mineur (article L. 11-1), l'interdiction de

prononcer une peine en-dessous de treize ans (article L. 11-4), l'existence d'acteurs spécialisés de la justice pénale des mineurs (article L. 12-1 et L.12-2), l'assistance obligatoire du mineur par un avocat (article L. 12-4) et la prise en compte de l'âge du mineur au moment de la commission des faits reprochés (article L. 13-2).

3. – Plan. Dans un objectif de clarté, nous étudierons les dispositions du CJPM en distinguant celles relatives au droit pénal de fond (I) et celles relatives au droit pénal de forme (II).

I. – Les dispositions de droit pénal de fond

4. – Plan. De manière classique, nous évoquerons, d'une part, la question de la responsabilité pénale du mineur (A) et, d'autre part, celle des mesures susceptibles de lui être appliquées en cas de déclaration de culpabilité (B).

A. *La responsabilité pénale du mineur*

5. – Référence à un âge fixe pour la détermination de la responsabilité pénale du mineur. Aux termes des dispositions de l'article 122-8 du Code pénal, dans leur rédaction applicable à compter du 1^{er} octobre 2020, « *les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables, en tenant compte de l'atténuation de responsabilité dont ils bénéficient en raison de leur âge, dans des conditions fixées par le Code de la justice pénale des mineurs* ». L'article L. 11-1 dudit Code dispose, quant à lui, dans son alinéa 2, « *les mineurs de moins de treize ans sont présumés ne pas être capables de discernement. Les mineurs âgés d'au moins treize ans sont présumés être capables de discernement* ».

Cette référence à un âge fixe pour la détermination de la responsabilité pénale du mineur a pour objectif de mettre en conformité notre droit avec les textes internationaux, notamment l'article 40, § 3, a., de la Convention internationale des droits de l'enfant, adoptée par l'assemblée générale des Nations unies le 20 novembre 1989, aux termes duquel les États parties s'efforcent de mettre en œuvre des lois et des procédures spécialement conçues pour les

enfants suspectés, accusés ou convaincus d'infraction à la loi pénale, en particulier « *d'établir un âge minimum au-dessous duquel les enfants seront présumés n'avoir pas la capacité d'enfreindre la loi pénale* ».

6. – Ambiguïté. Pour autant, ces nouvelles dispositions, issues de l'ordonnance du 11 septembre 2019, apparaissent ambiguës puisqu'elles ne concernent pas la responsabilité pénale du mineur proprement dite, mais la question de son discernement dont l'appréciation est laissée au juge. Ainsi, demeure d'actualité le célèbre arrêt *Laboube*, rendu par la Cour de cassation le 13 décembre 1956 et dont la solution avait été reprise par la loi du 9 septembre 2002, selon lequel, pour voir engager sa responsabilité pénale, « *le mineur dont la participation à l'acte matériel à lui reproché est établie, [doit avoir] compris et voulu cet acte* ». Sans nul doute, il sera toujours possible d'écarter la présomption posée par le nouveau texte et de poursuivre pénalement un mineur de moins de treize ans au gré des expertises destinées à établir le discernement de l'intéressé ou son absence.

En conséquence, demeurent également d'actualité les observations finales du cinquième rapport périodique concernant la France du Comité des droits de l'enfant des Nations unies, en date du 23 février 2016, aux termes desquelles celui-ci affirmait rester préoccupé, notamment, par « *le manque de progrès dans la mise en œuvre des précédentes recommandations du Comité, dans lesquelles il avait invité l'État partie à fixer un âge minimum de la responsabilité pénale* ». À cet égard, il aurait certainement été préférable de reprendre le texte de la loi du 22 juillet 1912, sur les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberté surveillée, dont l'article 1^{er} prévoyait une présomption irréfragable d'absence de discernement en-deçà de treize ans.

B. *Les mesures applicables au mineur*

7. – Exclusion des peines à l'égard des mineurs de moins de treize ans. Dès lors que le mineur mis en cause est considéré comme ayant agi avec discernement, une déclaration de culpabilité peut être prononcée, mais l'article L. 11-4 du CJPM maintient la prohibition du recours à une peine pour le mineur âgé de moins de treize

ans au moment des faits. En outre, le CJPM rappelle la primauté de l'éducatif sur le répressif puisqu'aux termes de l'article L. 11-3, « *les mineurs déclarés coupables d'une infraction pénale peuvent faire l'objet de mesures éducatives et, si les circonstances et leur personnalité l'exigent, de peines* ».

8. – Mesures éducatives. L'ordonnance du 11 septembre 2019 modifie profondément les mesures éducatives qui absorbent certaines des sanctions éducatives dont la catégorie, prévue par l'ordonnance de 1945, disparaîtra à compter du 1^{er} octobre 2020.

L'article L. 111-1 du CJPM distingue ainsi deux mesures éducatives : l'avertissement judiciaire – dont le contenu n'est pas précisé, mais qui devrait correspondre à l'actuelle admonestation – et la mesure éducative judiciaire, qui comprend quatre modules pouvant être, en principe, prononcés alternativement ou cumulativement (articles L. 112-2 et suivants).

- le module d'insertion permet un accueil de jour, un placement en internat scolaire ou dans un établissement habilité d'enseignement ou de formation ;
- le module de réparation consiste en une activité d'aide ou de réparation à l'égard de la victime ou dans l'intérêt de la société ; il peut également consister en une activité de médiation entre le mineur et la victime ;
- le module de santé permet d'orienter le mineur vers une prise en charge sanitaire, un placement en établissement de santé ou un placement dans un établissement médico-social ;
- le module de placement permet de confier le mineur à un membre de sa famille ou à une personne digne de confiance, à un établissement de la protection judiciaire de la jeunesse ou à un établissement habilité, à l'exclusion des centres éducatifs fermés qui demeurent réservés aux mineurs placés en application d'un contrôle judiciaire, d'un sursis probatoire, d'un placement à l'extérieur ou à la suite d'une libération conditionnelle (article L. 113-7 du CJPM).

Au-delà de ces quatre modules, l'article L. 112-2 du CJPM prévoit la possibilité de recourir à

plusieurs interdictions et obligations, telles que l'interdiction de paraître dans certains lieux, celle d'entrer en contact avec la victime ou les coauteurs ou complices ou l'obligation de remettre un objet détenu ou appartenant au mineur et ayant servi à la commission de l'infraction ou qui en est le produit. Ces interdictions et obligations, qui peuvent être prononcées cumulativement ou alternativement entre elles et avec les modules éducatifs, hormis le module de santé, ne sont applicables qu'aux mineurs âgés de plus de dix ans au moment des faits (article L. 112-3 du CJPM). Elles rappellent les sanctions éducatives de l'ordonnance de 1945 dont la catégorie spécifique n'est, toutefois, plus prise en compte par le CJPM.

9. – Peines. Pour ce qui concerne les peines, l'article L. 121-5 du CJPM reprend l'excuse de minorité qui conduit, pour le mineur âgé de treize ans ou plus au moment des faits, à diminuer de moitié le quantum de la peine privative de liberté encourue pour la même infraction par un majeur. Par ailleurs, si la peine encourue est la réclusion criminelle ou la détention criminelle à perpétuité, elle ne peut être supérieure à vingt ans de réclusion criminelle ou de détention criminelle. Cette diminution de moitié de la peine encourue concerne également l'amende, y compris en matière de police et quelle que soit la classe de la contravention concernée (article L. 121-3 du CJPM), dont le montant ne peut excéder 7.500 euros (article L. 121-6 du CJPM).

Néanmoins, pour le mineur âgé de plus de seize ans au moment des faits, l'article L. 121-7 du CJPM prévoit que, par décision spécialement motivée, le tribunal de police, le tribunal pour enfants et la Cour d'assises des mineurs peuvent, « *à titre exceptionnel et compte tenu des circonstances de l'espèce et de la personnalité du mineur ainsi que de sa situation* », décider qu'il n'y a pas lieu de faire application des règles d'atténuation des peines. Dans ce cas, lorsque la peine encourue est la réclusion ou la détention criminelle à perpétuité, la peine maximale pouvant être prononcée est la peine de trente ans de réclusion criminelle ou de détention criminelle. Ce maintien de la possible exclusion de l'excuse de minorité cadre mal avec le cinquième rapport périodique précité du Comité des droits de l'enfant des Nations unies qui recommandait à

la France « *de s'abstenir de traiter les enfants de plus de seize ans comme des adultes* ».

Pour autant, le CJPM maintient une forme de spécificité des peines applicables aux mineurs puisqu'il prohibe le recours à la période de sûreté et exclut (article L. 121-1 concernant, notamment, les peines d'interdiction du territoire français et d'affichage ou de diffusion de la condamnation) ou encadre le prononcé de certaines peines (article L. 121-1 concernant l'amende prononcée par le tribunal de police ; article L. 121-4 concernant les peines pouvant désormais être prononcées par le juge des enfants, en particulier la peine de travail d'intérêt général). Par ailleurs, la primauté de l'éducatif justifie que soit autorisé le cumul d'une mesure éducative avec le prononcé d'une peine criminelle, correctionnelle ou pour les contraventions de la cinquième classe. Toutefois, afin de ne pas permettre le cumul du répressif avec le répressif, lorsque le juge des enfants ou le tribunal pour enfants prononce une peine privative de liberté ferme, il ne peut prévoir, en plus, les interdictions et obligations prévues dans le cadre de la mesure éducative judiciaire. Par ailleurs, la Cour d'assises des mineurs peut cumuler toute peine avec une mesure éducative judiciaire, hormis les interdictions et obligations (article L. 111-3 du CJPM).

II. – Les dispositions de droit pénal de forme

10. – Nous nous intéresserons aux dispositions du Code de la justice pénale des mineurs relatives à la phase préparatoire (A) et à la phase décisive (B) de la procédure pénale.

A. La phase préparatoire de la procédure pénale

11. – Suppression du caractère obligatoire de l'information judiciaire. Nous savons que, dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz c/ Pologne*, n° 54729/00), le Conseil constitutionnel a considéré contraire au principe d'impartialité objective le fait que le même juge des enfants puisse, lors de la phase d'information judiciaire, porter une appréciation sur les charges existantes contre un mineur, puis présider l'audience du tribunal pour enfants et prononcer

une peine à l'encontre de ce mineur (Cons. const., déc. n° 2011-147 QPC du 8 juillet 2011). Tirant les conséquences de cette jurisprudence, la loi du 26 décembre 2011, visant à instaurer un service citoyen pour les mineurs délinquants, avait prévu que le juge des enfants qui a renvoyé l'affaire devant le tribunal pour enfants (article L. 251-3 du Code de l'organisation judiciaire) ne peut présider cette juridiction.

L'ordonnance du 11 septembre 2019 va plus loin et procède à une refonte de la procédure pénale applicable aux mineurs, en tenant compte, à la fois, de la situation des petites juridictions, dans lesquelles ne siège qu'un juge des enfants, et de la nécessaire préservation de la continuité de l'intervention de ce juge, qui est l'un des éléments de la spécialisation de la justice pénale des mineurs. Le CJPM supprime ainsi la compétence du juge des enfants pour mener une instruction, celle-ci devenant facultative en matière délictuelle et pour les contraventions de la cinquième classe. Ainsi, si l'article L. 423-3 du CJPM dispose qu'« *aucune poursuite ne pourra être exercée en matière de crime contre les mineurs sans information préalable* », ce qui est une reprise des dispositions applicables aux majeurs de l'article 79 du Code de procédure pénale, l'article L. 423-2 du même Code précise que, lorsqu'un délit ou une contravention de la cinquième classe est imputé à un mineur, le procureur de la République peut, soit requérir l'ouverture d'une information judiciaire en saisissant un juge d'instruction, soit saisir une juridiction pour mineurs. Les hypothèses de saisine, ou non, d'un juge d'instruction doivent donc être évoquées.

12. – Hypothèse de la saisine d'un juge d'instruction. Dans l'hypothèse de la saisine d'un juge d'instruction, l'article L. 432-1 du CJPM impose à celui-ci d'ordonner une mesure judiciaire d'investigation éducative. Cette mesure consiste en une évaluation approfondie et interdisciplinaire de la personnalité et de la situation du mineur, y compris, le cas échéant, sur le plan médical. Elle donne lieu à un rapport contenant tous renseignements utiles sur sa situation ainsi qu'une proposition éducative ou une proposition de mesures propres à favoriser son insertion sociale (article L. 322-7 du CJPM). Toutefois, cette mesure est facultative lorsqu'une copie du dossier unique de personnalité du

mineur, contenant un rapport d'une mesure judiciaire d'investigation éducative de moins d'un an, est versée au dossier de l'information judiciaire.

Par ailleurs, conformément aux dispositions de l'article L. 432-2 du CJPM, le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention saisi d'une demande de placement en détention provisoire du mineur mis en examen, peut ordonner une mesure éducative judiciaire provisoire à l'égard du celui-ci. Il s'agit de la mesure éducative judiciaire susévoquée, prévue par les articles L. 112-1 à L. 112-15 du CJPM, qui peut comporter les modules et interdictions précédemment énumérées, à l'exclusion des obligations de remise d'un objet détenu ou appartenant au mineur et de suivi d'un stage de formation civique. En particulier, dans le cadre de cette mesure provisoire, le placement du mineur peut être ordonné auprès d'un service de l'aide sociale à l'enfance. Le juge d'instruction peut modifier ou donner mainlevée de ladite mesure provisoire à tout moment, sachant qu'elle est prononcée pour une durée d'un an renouvelable. En outre, à titre de mesure de sûreté, peut être décidé le recours à un contrôle judiciaire, à une assignation à résidence avec surveillance électronique ou à une détention provisoire (article L. 433-1 du CJPM). Les modalités de ces mesures de sûreté demeurent globalement inchangées (articles L. 331-1 et suivants et L. 433-2 et suivants du CPJM) par rapport aux règles prévues par l'ordonnance de 1945 et le Code de procédure pénale.

13. – Hypothèse de la saisine d'une juridiction pour mineurs. Dans l'hypothèse de la saisine directe d'une juridiction pour mineurs – à l'issue des investigations entreprises dans le cadre de l'enquête de police dont les règles demeurent également globalement inchangées –, l'article L. 423-5 du CJPM dispose qu'en aucun cas, l'intéressé ne peut être poursuivi par voie de citation directe, selon les procédures de convocation par procès-verbal, de comparution immédiate, de comparution à délai différé, de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ou selon les procédures d'ordonnance pénale et d'amende forfaitaire. Le CJPM maintient, en effet, une spécificité de la procédure pénale applicable aux mineurs pour ce

qui concerne la saisine de la juridiction de jugement.

B. La phase décisive de la procédure pénale

14. – Nouveau schéma procédural. La suppression de l'obligation de recourir à une information judiciaire lorsqu'un mineur est impliqué dans la commission d'un délit ou d'une contravention de cinquième classe a mené à la création d'un nouveau schéma procédural qui n'est, toutefois, pas applicable aux contraventions des quatre premières classes commises par les mineurs, celles-ci étant jugées par le tribunal de police.

Ainsi, conformément aux dispositions de l'article L. 521-1 du CJPM, lorsqu'une information judiciaire n'a pas été ouverte, le juge des enfants ou le tribunal pour enfants statue selon la procédure de mise à l'épreuve éducative. Cette procédure comporte :

- une audience d'examen de la culpabilité qui porte également sur l'action civile ;
- une période de mise à l'épreuve éducative ;
- et une audience de prononcé de la sanction.

L'article L. 423-4 du CJPM dispose ainsi que, « lorsque le procureur de la République poursuit un délit ou une contravention de la cinquième classe imputé à un mineur devant la juridiction de jugement spécialisée, il saisit le juge des enfants aux fins de jugement selon la procédure de mise à l'épreuve éducative [...] ». Si le mineur est âgé d'au moins treize ans et qu'il encourt une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans, le procureur de la République peut également saisir le tribunal pour enfants aux fins de jugement selon la même procédure dès lors que la personnalité du mineur ou la gravité ou encore la complexité des faits le justifie. Cette voie sera empruntée par le parquet lorsqu'il considérera nécessaire de requérir le prononcé de peines qui ne peuvent être décidées par le seul juge des enfants.

15. – Modes de saisine. Les compétences matérielles respectives des juridictions répressives pour mineurs ne seront pas substantiellement modifiées par le CJPM. Ainsi,

conformément aux dispositions de l'article L. 231-2 de ce Code, le juge des enfants connaît des contraventions de la cinquième classe et des délits commis par les mineurs et des contraventions connexes des quatre premières classes commises par les mineurs. Le tribunal pour enfants, quant à lui, connaît des contraventions de la cinquième classe et des délits commis par les mineurs âgés d'au moins treize ans, des crimes commis par les mineurs de moins de seize ans et des contraventions connexes des quatre premières classes commises par les mineurs (article L. 231-3 du CJPM). La Cour d'assises des mineurs connaît des crimes commis par les mineurs âgés d'au moins seize ans. Elle connaît également, lorsqu'ils sont connexes ou forment un ensemble indivisible avec des crimes commis par des mineurs âgés d'au moins seize ans, des crimes et délits commis par les intéressés avant qu'ils n'aient atteint l'âge d'au moins seize ans, des crimes et délits commis par les intéressés à compter de leur majorité et des crimes et délits commis par leurs coauteurs ou complices majeurs (article L. 231-9 du CJPM).

Eu égard à la nature criminelle des faits pour lesquels elle est compétente, comme sous l'empire de l'ordonnance de 1945, la Cour d'assises des mineurs ne peut être saisie que par une ordonnance de mise en accusation du juge d'instruction ou un arrêt de mise en accusation de la Chambre de l'instruction. La même règle s'applique à la saisine du tribunal pour enfants relative à des faits criminels imputés à des mineurs de moins de seize ans. En revanche, à la suite de la suppression du caractère obligatoire de l'information judiciaire pour les délits et les contraventions de cinquième classe commis par un mineur, les modes de saisine du juge des enfants et du tribunal pour enfants ont été modifiés. Ainsi, conformément aux dispositions de l'article L. 423-7 du CJPM, le juge des enfants ou le tribunal pour enfants peut être saisi de deux manières :

- soit par convocation délivrée, sur instructions du procureur de la République, par un greffier, un officier ou agent de police judiciaire, un huissier, un délégué ou un médiateur du procureur de la République ; si le mineur est détenu, par convocation délivrée par le chef de l'établissement pénitentiaire ; si le mineur est placé, par

convocation délivrée par le directeur de l'établissement auquel il est confié ;

- soit, par procès-verbal du procureur de la République établi lors d'un défèrement.

Dans l'hypothèse d'un tel défèrement, le procureur de la République peut requérir du juge des enfants, préalablement à l'audience sur la culpabilité, le prononcé d'une mesure éducative judiciaire provisoire et de mesures de sûreté. Ces mesures de sûreté, prévues par l'article L. 423-9 du CJPM, peuvent consister, pour les mineurs d'au moins treize ans, en un contrôle judiciaire et, pour les mineurs d'au moins seize ans, en un placement sous assignation à résidence avec surveillance électronique.

La détention provisoire n'est possible que pour le mineur âgé d'au moins seize ans et lorsque le tribunal pour enfants est saisi aux fins d'audience unique. En effet, la césure du procès pénal du mineur peut être écartée, en cas de défèrement, à condition, d'une part, que la peine encourue soit supérieure ou égale à cinq ans d'emprisonnement pour le mineur de moins de seize ans ou supérieure ou égale à trois ans d'emprisonnement pour le mineur d'au moins seize ans et, d'autre part, qu'existe un rapport datant de moins d'un an relatif à la personnalité du mineur (article L. 423-4 du CJPM). Dans ce cas, l'audience de jugement doit avoir lieu dans un délai ne pouvant excéder un mois, à défaut de quoi le mineur est remis en liberté d'office.

16. – Mise à l'épreuve éducative. Dans l'hypothèse d'une césure du procès pénal du mineur, qui constitue le schéma procédural habituel prévu par les articles L. 521-1 et suivants du CJPM, et d'une déclaration de culpabilité du mineur mis en cause, le temps d'épreuve entre l'audience sur la culpabilité et celle sur la sanction, est placé sous le contrôle du juge des enfants. Ce temps, qui évoque le sursis probatoire, remplaçant, à compter du 24 mars 2020, le sursis avec mise à l'épreuve et le sursis avec obligation d'accomplir un travail d'intérêt général, a pour objectif, à la fois, d'évaluer la personnalité du mineur par des expertises ou par la mise en place d'une mesure judiciaire d'investigation éducative, de favoriser son relèvement éducatif en prescrivant une mesure

éducative judiciaire provisoire ou encore de prononcer des mesures de sûreté.

Pendant cette période, la mise à l'épreuve peut faire l'objet de modifications. En particulier, le prononcé de la sanction peut être anticipé lorsque, notamment, le mineur méconnaît ses obligations découlant d'une mesure de sûreté (article L. 521-20 du CJPM). Le juge des enfants peut aussi convoquer le mineur à un débat contradictoire en vue de la révocation de son contrôle judiciaire et de son placement en détention provisoire (article L. 521-21 du CJPM). Par ailleurs, si de nouveaux faits sont commis pendant la période de mise à l'épreuve éducative, un regroupement des procédures est possible afin de permettre de statuer sur l'ensemble des procédures ayant donné lieu à une déclaration de culpabilité à une même audience, à la condition qu'elle intervienne dans un délai d'au moins dix jours après l'audience de culpabilité (article L. 521-11 du CJPM).

17. – Audience de prononcé de la sanction.

À l'issue de cette période d'épreuve, la juridiction de jugement statue sur la sanction et, s'il y a eu renvoi sur intérêts civils lors de l'audience relative à la culpabilité, sur l'action civile (article L. 521-24 du CJPM). Le tribunal pour enfants et la Cour d'assises des mineurs peuvent prononcer des mesures éducatives et des peines, dans les limites

évoquées plus haut. Pour ce qui concerne le juge des enfants, celui-ci peut également prononcer des mesures éducatives, mais aussi, si les circonstances et la personnalité d'un mineur d'au moins treize ans le justifient, les peines de confiscation de l'objet ayant servi à commettre l'infraction, de stage et de travail d'intérêt général. Dans ce dernier cas, le mineur doit être âgé d'au moins seize ans au moment du prononcé de la peine de travail d'intérêt général (article L. 121-4 du CJPM). Notons, par ailleurs, que les fonctions normalement dévolues au juge de l'application des peines continuent à être exercées par le juge des enfants, le tribunal pour enfant exerçant les compétences dévolues au tribunal de l'application des peines.

18. – Conclusion. Nous savons que les dispositions de l'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019, portant partie législative du CJPM, entreront en vigueur le 1^{er} octobre 2020. Pour autant, la garde des sceaux, ministre de la justice, a d'ores et déjà présenté en Conseil des ministres, le 30 octobre 2019, un projet de ratification dudit Code. Le même jour, l'Assemblée nationale a été saisie, selon la procédure accélérée, de ce projet de loi. La pérennisation de la réforme de la justice pénale des mineurs est en route.

La chronique du praticien

Le Centre de Recherches de l'ISP a le plaisir d'accueillir en son sein Me Juliette Mel pour une chronique de son choix. Ce mois-ci, elle nous fait le plaisir de consacrer sa chronique à l'actualité des Modes Alternatifs de Règlement des Différends, intitulée « J'EN AI MARD ! ».

Droit civil et procédure civile

Juliette MEL

Docteur en droit, avocat associé
Chargée d'enseignements à l'UPEC

Les décrets d'application de la réforme de la procédure civile, et notamment ceux des 11 et 20 décembre 2020 (n°2019-1333 et 2019-1419), sont une nouvelle occasion de rappeler la volonté du Législateur de favoriser les **Modes Alternatifs de Règlement des Différends (MARD)**. Quelques décisions de justice méritent également d'être relevées.

1- La tentative de règlement amiable avant la saisine du juge rendue obligatoire

La loi portant réforme de la procédure civile du 23 mars 2019 (n°2019-222) et, particulièrement, son décret d'application précité rendu le 11 décembre 2019 poursuit le pas amorcé, d'une part, avec la loi du 12 octobre 2016 (n° 2016-1547) portant application des mesures de modernisation de la justice du XXIème siècle, et d'autre part, avec le décret du 11 mars 2015 (n°2015-282). Passant de l'incitation à l'obligation, il est désormais obligatoire pour les parties, et pour certains litiges de tenter une résolution amiable avant de saisir le Juge à peine d'irrecevabilité, laquelle peut, c'est important de le dire, être prononcée d'office par le juge.

Article 750-1 du CPC entré en vigueur au 1^{er} janvier 2020

A peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la demande en justice doit être précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation ou d'une tentative de procédure participative, lorsqu'elle tend au paiement d'une somme n'excédant pas 5 000 euros ou lorsqu'elle est relative à l'une des actions mentionnées aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du code de l'organisation judiciaire.

Les parties sont dispensées de l'obligation mentionnée au premier alinéa dans les cas suivants :

1° Si l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord ;

2° Lorsque l'exercice d'un recours préalable est imposé auprès de l'auteur de la décision ;

3° Si l'absence de recours à l'un des modes de résolution amiable mentionnés au premier alinéa est justifiée par un motif légitime tenant soit à l'urgence manifeste soit aux circonstances de l'espèce rendant impossible une telle tentative ou nécessitant qu'une décision soit rendue non contradictoirement soit à l'indisponibilité de conciliateurs de justice

entraînant l'organisation de la première réunion de conciliation dans un délai manifestement excessif au regard de la nature et des enjeux du litige ;

4° Si le juge ou l'autorité administrative doit, en application d'une disposition particulière, procéder à une tentative préalable de conciliation.

Sous peine d'irrecevabilité, la saisine du Tribunal judiciaire doit ainsi être précitée d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation ou d'une tentative de procédure participative.

Ce principe souffre d'importantes exceptions, dont les contours sont passibles d'une interprétation large et, en tous cas, d'une application *in concreto* par les juges :

- Si l'une des parties sollicite l'homologation d'un accord ;
- Lorsque l'exercice d'un recours préalable est imposé auprès de l'auteur de la décision contestée ;
- En cas de motif légitime (article 750-1 3° du CPC) ;
- Si le juge ou l'autorité administrative doit procéder à une tentative préalable de conciliation.

Il est important de préciser que l'obligation ne s'applique pas dans les litiges relatifs à l'application des obligations de l'article L.314-26 du Code de la consommation, relatif aux crédits immobiliers et aux prêts à la consommation.

Le décret susvisé du 11 décembre 2019 a rendu cette démarche préalable obligatoire pour les "petits litiges financiers" inférieurs à 5.000 € ainsi que les conflits de voisinage, ceux relatifs au fonds dont les parties sont propriétaires ou occupants titrés qui relevait de la compétence du Tribunal d'instance (articles R. 221-12 et R. 221-16 du COJ).

2- Le recours à une médiation peut être enjoint par le juge à tout moment de la procédure

Le Juge peut enjoindre les parties, à tout moment de la procédure, y compris en référé de recourir à une médiation. Cela vient renforcer l'arsenal du Juge en la matière puisqu'il en avait déjà la possibilité mais uniquement si les parties l'acceptaient. L'efficacité d'une médiation non désirée par les parties est néanmoins douteuse...

Article 785 du CPC entré en vigueur au 1^{er} janvier 2020

Le juge de la mise en état peut constater la conciliation, même partielle, des parties.

Le juge de la mise en état peut également désigner un médiateur dans les conditions de l'article 131-1.

Il homologue, à la demande des parties, l'accord qu'elles lui soumettent.

3- Conditions de certification des organismes proposant des MARD en ligne

Le décret n°2019-1089 du 25 octobre 2019, qui entrera en vigueur, au plus tard le 1^{er} janvier 2021, prévoit que la certification sera délivrée par le Comité français d'accréditation ou par d'autres

organismes remplissant des critères de reconnaissance. La demande de certification concerne toute personne, physique ou morale, qui propose à titre gratuit ou payant, des services de conciliation, de médiation ou d'arbitrage en ligne. Le rôle de ces organismes est d'encadrer ces personnes en veillant au respect des critères précisés dans la loi du 12 octobre 2016 (n°2016-1547). Un pouvoir de contrôle du ministère de la Justice est également prévu.

4- La clause de conciliation préalable n'en finit plus de faire parler d'elle

La clause de conciliation préalable est celle qui impose aux parties à un contrat de tenter de se concilier avant de saisir le Juge. Son efficacité est de plus en plus douteuse.

Exemple de clause de conciliation préalable :

En cas de litige, les parties conviennent préalablement à toute instance judiciaire, de soumettre leur différend à un conciliateur.

Toute la question est de savoir si la clause s'applique quelque soit le différend et si le défaut de mise en œuvre de la conciliation préalable caractérise une fin de non-recevoir. Rien n'est moins sur ce qui remet invariablement en cause la force obligatoire de cette stipulation contractuelle. Et les exemples jurisprudentiels sont nombreux. Dans un arrêt rendu le 11 juillet 2019 (n°18-13.460), la troisième chambre civile de la Cour de cassation a considéré que la clause de conciliation préalable rédigée en de manière elliptique en termes très généraux est une clause de style qui n'est donc pas obligatoire.

Civ.3^{ème} 11 juillet 2019, n°18-13.460

Mais attendu qu'ayant retenu, par une interprétation souveraine exclusive de dénaturation que l'ambiguïté des termes de l'acte de vente rendait nécessaire, que la clause prévoyant le recours préalable à un conciliateur, rédigée de manière elliptique en termes très généraux, était une "clause de style", la cour d'appel, qui n'a pas modifié l'objet du litige, a déduit à bon droit, de ces seuls motifs, qu'il ne s'agissait pas d'une clause instituant une procédure de conciliation préalable et obligatoire, de sorte que M. et Mme P... ne pouvaient pas invoquer l'irrecevabilité de la demande ;

La chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 19 juin 2019 (Cass. Com. 19 juin 2019, n°17-28.804), a également considéré que la clause doit prévoir les conditions particulières de sa mise en œuvre.

Cass. Com. 19 juin 2019, n°17-28.804

Mais attendu que l'arrêt relève que l'article 12 de la convention de passif prévoit que « si certaines clauses du présent contrat ne peuvent être respectées, totalement ou partiellement, ou s'il y a divergence d'interprétation et désaccord, les parties tenteront de trouver une solution amiable dans un délai d'un mois du fait générateur soit entre elles, soit par l'intermédiaire d'un tiers nommé par M. le président du tribunal de commerce de Lille statuant en la forme des référés et sans recours possible, à moins que les parties ne le désignent d'un commun accord. », que « Toute contestation, divergence, interprétation ou désaccord devra faire l'objet d'une notification en les conditions stipulées à l'article 10 ci-dessus » et que « La date de réception de la lettre recommandée avec accusé de réception ou la date de présentation, si cette dernière n'est pas retirée par son destinataire, fera courir le délai d'un mois », et qu'il précise que « La présente clause n'est pas une clause d'arbitrage mais elle est une phase précontentieuse dans le règlement amiable de la difficulté

intervenue » et qu'« À défaut d'accord amiable sur le litige les opposant au terme du délai d'un mois précité, le litige sera soumis par la partie la plus diligente au tribunal de commerce de Lille.» ; qu'il retient que cette clause contenant l'obligation d'une tentative préalable de règlement amiable prévoit des conditions particulières de sa mise en oeuvre puisque le tiers doit être désigné, soit d'un commun accord entre les parties, soit par le président du tribunal de commerce en la forme des référés ; qu'en cet état, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que la clause litigieuse instituait une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont le défaut de mise en oeuvre constituait une fin de non-recevoir ; que le moyen n'est pas fondé ;

Si son contenu doit être précis, elle ne s'applique pas lorsque la responsabilité qui est recherchée est fondée sur des dispositions d'ordre public. Par exemple, la clause de conciliation préalable stipulée dans un contrat de maîtrise d'œuvre ne s'applique pas lorsque la responsabilité décennale du maître d'œuvre est recherchée sur le fondement des articles 1792 et suivants du Code civil (Civ.3^{ème} 23 mai 2019, n°18-15.286).

Civ.3^{ème} 23 mai 2019, n°18-15.286

Attendu que, pour dire que l'action à l'égard de la société Aedifi est irrecevable, l'arrêt retient que le contrat d'architecte comporte une clause G 10 selon laquelle « En cas de différend portant sur le respect des clauses du présent contrat, les parties conviennent de saisir pour avis le conseil régional de l'ordre des architectes dont relève l'architecte, avant toute procédure judiciaire, sauf conservatoire », que M. H... et Mme L... ne justifient pas avoir mis en oeuvre la procédure organisée par cette clause préalablement à la présentation de leur demande d'expertise, que le défaut de mise en oeuvre d'une procédure contractuelle de conciliation préalable à une action judiciaire avant la saisine de la juridiction du premier degré ne peut être régularisé en cause d'appel et que faute pour M. H... et Mme L... d'avoir saisi pour avis le conseil régional de l'ordre des architectes avant la présentation de leur demande contre la société Aedifi en première instance, cette demande ainsi que celles qui sont formées en cause d'appel sont irrecevables ;

Qu'en statuant ainsi, sans rechercher, au besoin d'office, si l'action, exercée postérieurement à la réception de l'ouvrage, en réparation de désordres rendant l'ouvrage impropre à sa destination, n'était pas fondée sur l'article 1792 du code civil, ce qui rendait inapplicable la clause litigieuse, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

L'actualité

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2019-817 QPC du 6 décembre 2019 : constitutionnalité de l'interdiction générale de procéder à la captation ou à l'enregistrement des audiences des juridictions administratives ou judiciaires

Par arrêt du 1^{er} octobre 2019, 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 38 ter de la loi du 29 juillet 1881, qui interdisent dès l'ouverture de l'audience des juridictions administratives ou judiciaires l'emploi de tout appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image, portent-elles atteinte au principe de nécessité des délits et des peines garanti aux articles 5 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et limitent-elles la liberté de communication garantie à l'article 11 de ce texte de manière nécessaire, adaptée et proportionnée, alors qu'elles érigent en infraction pénale la captation de sons et d'images effectuée par des journalistes au cours d'un procès, qui est pourtant susceptible d'être effectuée sans troubler la sérénité des débats, sans porter une atteinte excessive aux droits des parties, ni menacer l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ?* ».

Il était reproché à ces dispositions d'interdire tant l'utilisation d'un appareil photographique ou d'enregistrement sonore ou audiovisuel au cours des audiences des juridictions administratives ou judiciaires, que la cession ou la publication du document ou de l'enregistrement obtenu au moyen de cet appareil. Or, selon la requérante, l'évolution des techniques de captation et d'enregistrement

ainsi que le pouvoir de police de l'audience du président de la juridiction suffiraient à assurer la sérénité des débats, la protection des droits des personnes et l'impartialité des magistrats. Par ailleurs, était souligné le fait que le législateur n'ait pas prévu d'exception à cette interdiction afin de tenir compte de la liberté d'expression des journalistes et du « *droit du public de recevoir des informations d'intérêt général* ». Il en résulterait une méconnaissance de la liberté d'expression et de communication. L'interdiction étant sanctionnée d'une peine d'amende, ces dispositions contreviendraient, pour les mêmes motifs, au principe de nécessité des délits et des peines.

Dans sa décision du 6 décembre 2019, le Conseil constitutionnel rappelle que la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés, de sorte que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi.

Pour autant, il estime, en premier lieu, qu'en instaurant l'interdiction litigieuse, le législateur a, d'une part, entendu garantir la sérénité des débats compte tenu des risques de perturbations liés à l'utilisation de ces appareils. Ce faisant, il a poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice. D'autre part, selon le Conseil, le législateur a entendu prévenir les atteintes que la diffusion des images ou des enregistrements issus des audiences pourrait porter au droit au respect de la vie privée des parties au procès et des personnes participant aux débats, à la sécurité des acteurs judiciaires et, en matière pénale, à la présomption d'innocence de la personne poursuivie. En deuxième lieu, le Conseil remarque, d'une part, que, s'il est possible d'utiliser des dispositifs de captation et d'enregistrement qui ne perturbent pas en eux-mêmes le déroulement des débats, l'interdiction de les employer au cours des audiences permet

de prévenir la diffusion des images ou des enregistrements, susceptible quant à elle de perturber ces débats. D'autre part, l'évolution des moyens de communication est susceptible de conférer à cette diffusion un retentissement important qui amplifie le risque qu'il soit porté atteinte aux intérêts précités. En dernier lieu, l'interdiction résultant des dispositions contestées, à laquelle il a pu être fait exception, ne prive pas le public qui assiste aux audiences, en particulier les journalistes, de la possibilité de rendre compte des débats par tout autre moyen, y compris pendant leur déroulement, sous réserve du pouvoir de police du président de la formation de jugement. En conséquence, selon le Conseil constitutionnel, les dispositions contestées, qui ne méconnaissent pas non plus le principe de nécessité des délits et des peines, ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarées conformes à la Constitution.

Cette décision, si elle maintient l'interdiction posée par l'article 38ter de la loi du 29 juillet 1881, consacre la possibilité de recourir à la pratique du « *live tweet* » des débats, sous réserve du pouvoir de police du président de la juridiction concernée.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. ass. plén., 9 décembre 2019, n° 18-86.767 : étendue de l'obligation de loyauté imposée aux autorités publiques

En l'espèce, une information judiciaire avait été ouverte pour des faits de tentative de chantage et d'association de malfaiteurs. Plusieurs des mis en examen critiquaient l'utilisation par les enquêteurs d'un stratagème constitué d'une combinaison d'actes : intervention d'un policier en qualité de représentant du plaignant, avec utilisation d'un pseudonyme et participation à des échanges téléphoniques, dont certains à l'initiative de cet enquêteur.

Les demandes d'annulation avaient été rejetées par la Chambre de l'instruction, dont l'arrêt a été cassé par la Chambre criminelle de la Cour de cassation (Cass. crim., 11 juillet 2017, n° 17-80.313) pour violation de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et de l'article préliminaire du Code de procédure pénale. La Chambre de l'instruction saisie sur renvoi, a, quant à elle, dit n'y avoir lieu à annulation, de sorte que, dans un contexte de résistance des juges du fond, l'affaire a été soumise à l'assemblée plénière de la Cour de cassation. Celle-ci était saisie de deux griefs visant l'exigence de loyauté dans la recherche de la preuve. Le premier portait sur la provocation à la commission de l'infraction, le second sur l'usage d'un stratagème prétendument déloyal.

Sur le premier grief, pour dire que l'intervention de l'enquêteur n'avait en aucune manière provoqué la commission de l'infraction, la Chambre de l'instruction avait analysé en détail les actes accomplis par les personnes mises en cause avant même que le policier n'intervienne comme intermédiaire et en avait conclu que ces actes, liés de manière indivisibles aux actes postérieurs, étaient constitutifs d'une tentative de chantage préexistante à ladite intervention. L'assemblée plénière estime qu'en l'état de ces énonciations, la Chambre de l'instruction n'a méconnu, ni l'exigence de loyauté des preuves, ni les dispositions de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, des articles préliminaire et 427, 591 et 593 du Code de procédure pénale.

À propos du second grief, visant l'emploi par les enquêteurs d'un stratagème qualifié de déloyal, l'assemblée plénière précise une jurisprudence qui donnait lieu à certaines interprétations ou certains commentaires témoignant, parfois, d'une confusion entre la provocation à l'infraction et la « *provocation à la preuve* ». Pour écarter ce grief, l'assemblée plénière pose comme principe, d'une part, que « *le stratagème employé par un agent de l'autorité publique pour la constatation d'une infraction ou l'identification de ses auteurs ne constitue pas en soi une atteinte au principe de loyauté de la preuve* » et, d'autre part, que « *seul*

est proscrit le stratagème qui, par un contournement ou un détournement d'une règle de procédure, a pour objet ou pour effet de vicier la recherche de la preuve en portant atteinte à l'un des droits essentiels ou à l'une des garanties fondamentales de la personne suspectée ou poursuivie ». Or, en l'espèce, le moyen, qui se bornait à invoquer le fait que le procédé prétendument déloyal a conduit à l'interpellation des requérants, sans démontrer, ni même alléguer, une atteinte à l'un de leurs droits, n'est pas fondé.

Cet arrêt permet de confirmer l'analyse consistant à dire que, en dehors de l'hypothèse de la « provocation à l'infraction », pour ce qui concerne la « provocation à la preuve », si sont prohibés les « stratagèmes actifs » employés par les autorités publiques qui reviennent à éluder les droits de la défense, les « stratagèmes passifs » sont, quant à eux, autorisés dès lors qu'ils permettent de récolter une preuve préexistante sans atteinte aux principes directeurs de la procédure pénale (voir, encore récemment : Cass. crim., 7 janvier 2020, n° 19-84.246). Pour autant, l'affaire ayant mené à l'arrêt du 9 décembre 2019 aurait, peut-être, pu donner lieu à une sanction fondée sur la méconnaissance de cette exigence de loyauté de la preuve, dans l'hypothèse où l'intervention active de l'enquêteur auprès des personnes mises en cause aurait entraîné une atteinte aux droits de la défense, notamment celui de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Néanmoins, cette argumentation n'étant pas développée au soutien du pourvoi, l'assemblée plénière ne pouvait que rejeter ce dernier.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 10 décembre 2019, n° 18-86.878 : l'incrimination qui sanctionne le refus de révéler la convention de déchiffrement d'un moyen de cryptologie ne porte pas atteinte au droit au silence et au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination

En l'espèce, à l'occasion du contrôle d'un conducteur de véhicule automobile, des fonctionnaires de police ont constaté la présence d'une plaquette de résine de cannabis et d'un téléphone portable et ont découvert une importante somme en numéraire sur l'intéressé. La perquisition opérée à son domicile a permis, notamment, la découverte d'un montant total de 3.780 euros ainsi que de trois téléphones portables. L'intéressé a refusé de répondre aux enquêteurs et de communiquer les codes de déverrouillage de ses téléphones. Il a été poursuivi et condamné, notamment, du chef de refus de remettre aux autorités judiciaires ou de mettre en œuvre la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie, délit prévu et réprimé par l'article 434-15-2 du Code pénal.

Dans son arrêt du 10 décembre 2019, la Chambre criminelle de la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par le prévenu, notamment fondé sur le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Elle souligne que, pour écarter le moyen pris de l'inconventionnalité de l'article 434-15-2 du Code pénal, l'arrêt des juges du fond énonce que l'atteinte au droit de se taire et au droit de ne pas s'auto-incriminer est constituée dès lors que les données ne peuvent exister indépendamment de la volonté du suspect, ce qui n'est pas le cas des données contenues dans les téléphones, qui peuvent être obtenues par des moyens techniques. Selon la Haute juridiction judiciaire, en statuant ainsi, et dès lors que le droit de ne pas s'incriminer soi-même ne s'étend pas aux données que l'on peut obtenir de la personne concernée en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté de l'intéressé, la Cour d'appel n'a pas méconnu le droit de ne pas s'auto-incriminer.

Cette solution s'inscrit dans le sillage de la décision du Conseil constitutionnel du 30 mars 2018 ayant déclaré l'article 434-15-2 du Code pénal conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution aux motifs, d'une part, que ses dispositions « n'ont pas pour objet d'obtenir des aveux de sa part et n'emportent ni reconnaissance ni présomption de culpabilité mais permettent seulement le déchiffrement des données cryptées » et, d'autre part, que ces

données cryptées « déjà fixées sur un support, existent indépendamment de la volonté de la personne suspectée ». Cette solution prend, par ailleurs, le contre-pied d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris ayant considéré que le code de déverrouillage d'un téléphone n'est pas une convention de déchiffrement (CA Paris, 16 avril 2019, n° 19/09267).

L'arrêt du 10 décembre 2019 pose difficulté au regard de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg selon laquelle de telles obligations de communication heurte le droit à la présomption d'innocence, prévu par l'article 6, § 2, de la Convention, duquel découle le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination (voir, notamment : CEDH, 25 février 1993, *Funke c/ France*, n° 10588/83). Il est vrai que la Cour européenne a été amenée à affirmer que « le droit de ne pas s'incriminer soi-même concerne en premier lieu le respect de la détermination d'un accusé de garder le silence. Tel qu'il s'entend communément dans les systèmes juridiques des Parties contractantes à la Convention et ailleurs, il ne s'étend pas à l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple les documents recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine ainsi que de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN » (CEDH, 17 décembre 1996, *Saunders c/ Royaume-Uni*, n° 19187/91). C'est cet argument que l'on retrouve dans la décision du 30 mars 2018 du Conseil constitutionnel et dans l'arrêt de la Chambre criminelle du 10 décembre 2019 qui affirment que les données litigieuses « déjà fixées sur un support, existent indépendamment de la volonté de la personne suspectée ». Mais, l'argument apparaît peu convaincant : le suspect n'est-il pas, en effet, contraint de parler – et donc potentiellement de s'auto-incriminer – pour révéler le code de déchiffrement convoité ?

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 17 décembre 2019, n° 19-83.358 : l'autorisation du parquet de recourir à des réquisitions dans l'enquête préliminaire ne peut consister en une autorisation générale et permanente préalable

Dans son arrêt du 17 décembre 2019, la Chambre criminelle a cassé l'arrêt d'une Chambre de l'instruction qui avait validé, dans une procédure criminelle, le recours à une autorisation permanente du procureur de la République de procéder à une réquisition visée à l'article 77-1 du Code de procédure pénale, en l'espèce une réquisition adressée à l'Institut national de police scientifique aux fins de comparaison entre des traces génétiques relevées sur la scène de l'infraction et le profil génétique d'un suspect.

Selon la Chambre criminelle de la Cour de cassation, en effet, il résulte de l'article 77-1 du Code de procédure pénale que « l'autorisation donnée par le procureur de la République aux officiers de police judiciaire de faire procéder à des examens techniques ou scientifiques doit être donnée dans le cadre de la procédure d'enquête préliminaire en cours et non par voie d'autorisation générale et permanente préalable ». Elle ajoute que « cette interprétation est commandée par la nécessité de garantir la direction effective des enquêtes préliminaires par le procureur de la République », donc la « garantie judiciaire » avant jugement.

Cet arrêt a mené la directrice des affaires criminelles et des grâces à adresser à l'ensemble des parquets une note en date du 23 décembre 2019. Aux termes de cette note, il résulte de l'arrêt du 17 décembre 2019 « que les autorisations préalables générales applicables de façon indéterminée à l'ensemble des enquêtes préliminaires ne satisfont pas aux conditions de l'article 77-1 du Code de procédure pénale, ce qui prohibe donc la référence à des autorisations

permanentes dans les procès-verbaux sur ce fondement. Néanmoins, cet arrêt ne remet pas en cause la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle, si le défaut d'autorisation du procureur de la République emporte la nullité de la réquisition, l'autorisation donnée n'est soumise à aucune forme particulière : elle peut être donnée oralement, par téléphone ou par courriel. Il n'exige pas non plus que chaque réquisition aux fins d'examens techniques ou scientifiques à l'occasion d'une même enquête fasse l'objet d'une autorisation spécifique, dès lors qu'une autorisation a bien été donnée dans la procédure en cours, laissant ainsi la possibilité pour les parquets de délivrer, dans une enquête déterminée, une autorisation de réquisitions valable pour toute la durée de la procédure. Il n'exige pas enfin que cette autorisation ne puisse être délivrée qu'à partir du moment où les enquêteurs agissent en préliminaire, alors même qu'ils ont commencé leurs investigations en flagrance ».

Notons qu'à la suite de l'arrêt du 17 décembre 2019, l'article 9 du projet de loi relatif au parquet européen et à la justice pénale spécialisée, déposée par le gouvernement au Sénat le 29 janvier 2020, prévoit de modifier les dispositions de l'article 77-1 du Code de procédure pénale. Il est ainsi prévu que le procureur de la République pourra, par la voie d'instructions générales, prises en application des dispositions de l'article 39-3 du Code de procédure pénale, autoriser les officiers ou agents de police judiciaire à requérir toutes personnes qualifiées afin de procéder à des examens médicaux ou psychologiques de la victime ou de procéder à des examens médicaux de la personne suspectée d'avoir commis une des infractions prévues par l'article 706-47 (relatif aux infractions de nature sexuelle et à la protection des mineurs victimes) ou exigés en application des dispositions de l'article 706-115 (relatif aux infractions commises par des majeurs protégés). Le procureur devra être avisé sans délai de ces réquisitions. Ces instructions générales auront une durée qui ne peut excéder six mois, mais elles pourront être renouvelées.

Il est, par ailleurs, prévu qu'aucune autorisation ne sera nécessaire lorsque l'officier de police judiciaire aura recours à une personne

qualifiée aux fins, soit de procéder à la comparaison entre une empreinte génétique issue de trace biologique et l'empreinte génétique d'une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 du Code de procédure pénale (concernant le fichier national automatisé des empreintes génétiques), ou à la comparaison entre plusieurs traces biologiques, soit de procéder à la comparaison entre une trace digitale ou palmaire et l'empreinte digitale ou palmaire d'une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis un crime ou un délit, ou à la comparaison entre plusieurs traces digitales ou palmaires.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 7 janvier 2020, n° 19-80.136 : encadrement de la répression du recel d'apologie d'actes de terrorisme

En l'espèce, à la suite d'une visite, effectuée sur autorisation du juge des libertés et de la détention, du véhicule utilisé par le prévenu et du domicile de ses parents où il résidait, ont été découverts, dans son ordinateur portable et ses deux téléphones portables, de nombreux documents et des enregistrements audiovisuels faisant l'apologie d'actes de terrorisme. Poursuivi devant le tribunal correctionnel pour recel de biens provenant du délit d'apologie d'actes de terrorisme sur le fondement des articles 321-1 et 421-2-5 du Code pénal, l'intéressé a été condamné à cinq ans d'emprisonnement dont un an avec sursis et mise à l'épreuve, ainsi qu'à une interdiction de séjour en Moselle de cinq ans et à la confiscation des scellés. La Cour d'appel confirma la culpabilité du prévenu mais réduisit la peine à deux ans d'emprisonnement et à la confiscation.

Dans son arrêt du 7 janvier 2020, la Chambre criminelle de la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par le prévenu aux motifs, d'une part, que le seul fait de détenir un support dans lequel était exprimée l'opinion de tiers présentant l'acte terroriste sous un jour favorable ne pouvait être qualifié de recel et, d'autre part, que sa condamnation serait contraire aux principes de légalité criminelle et d'interprétation stricte de la loi pénale et constituerait une atteinte non nécessaire et disproportionnée dans son droit de recevoir des informations ou des idées, au sens de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Pour ce faire, la Haute juridiction judiciaire affirme qu'« *entre dans les prévisions des articles 321-1 et 421-2-5 du Code pénal le fait de détenir, à la suite d'un téléchargement effectué en toute connaissance de cause, des fichiers caractérisant l'apologie d'actes de terrorisme* ». Elle ajoute, toutefois, qu'« *une condamnation de ce chef n'est compatible avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme que si est caractérisée, en la personne du receleur, son adhésion à l'idéologie exprimée dans de tels fichiers* ». Pour autant, en l'espèce, les juges du fond ont justifié leur décision au regard du fait que « *le comportement du prévenu démontre une certaine adhésion aux propos apologétiques et que la multiplicité, la diversité et le caractère volontaire de la sélection des documents téléchargés excluent qu'il ait pu agir de bonne foi par simple curiosité, quête spirituelle ou parce qu'il se retrouvait dans une situation de détresse psychologique, matérielle et familiale ainsi qu'il le prétend* ». En conséquence, le pourvoi est rejeté.

Cet arrêt présente un double intérêt. En premier lieu, en affirmant que le recel peut porter sur des fichiers téléchargés, la Chambre criminelle semble s'éloigner de sa jurisprudence traditionnelle aux termes de laquelle ce délit ne peut porter que sur un bien corporel, de sorte qu'il convient de viser dans la prévention, non le contenu, mais le contenant. En second lieu, en encadrant la répression du recel d'apologie d'actes de terrorisme, elle se conforme aux principes de nécessité et de proportionnalité et emprunte à la jurisprudence du Conseil

constitutionnel relative à l'ancien article 421-2-5-2 du Code pénal, concernant feu le délit de consultation habituelle de sites internet faisant l'apologie du terrorisme, qui ne pouvait être caractérisé qu'en présence d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ce service (Cons. const., déc. n° 2016-611 du 10 février 2017 et déc. n° 2017-682 du 15 décembre 2017).

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 7 janvier 2020, n° 19-83.774 : les juges ne peuvent substituer leur propre appréciation à celle des enquêteurs pour justifier l'ouverture d'une enquête de flagrance.

En l'espèce, ayant observé un automobiliste commettre plusieurs infractions au Code de la route, des fonctionnaires de police décident de recourir à un contrôle routier sur le fondement des dispositions de l'article R. 233-1 du Code de la route aux termes desquelles tout conducteur est tenu de présenter à toute réquisition des agents de l'autorité compétente, notamment, le titre justifiant de son autorisation de conduire et le certificat d'immatriculation du véhicule. Pour ce faire, ils pénètrent dans le parking souterrain d'un immeuble dont le portail a été ouvert par l'automobiliste. Lors du contrôle routier, ils constatent une forte odeur de cannabis émanant du coffre du véhicule et y saisissent plusieurs kilos de stupéfiants. Par la suite, la perquisition du domicile de l'automobiliste permet la découverte de plusieurs kilos de stupéfiants supplémentaires, d'une importante somme d'argent en espèce ainsi qu'une réplique de pistolet automatique.

L'intéressé, mis en examen des chefs d'infractions à la législation sur les stupéfiants, association de malfaiteurs et blanchiment, dépose une requête en annulation de pièces de la procédure, visant l'entrée des policiers dans le parking souterrain, le contrôle effectué par eux et l'ensemble des actes et pièces dont ces actes

sont le support. La Chambre de l'instruction rejette cette requête. Pour ce faire, elle affirme que, si les policiers ne pouvaient accéder aux parties communes de l'immeuble sans autorisation dans le cadre juridique du seul contrôle routier, les magistrats ne sont aucunement liés par la qualification opérée dans le procès-verbal. Or, au regard des faits de l'espèce, elle estime qu'est caractérisé un délit de risque causé à autrui, constaté en situation de flagrance, de sorte qu'est justifiée la pénétration sans autorisation dans le parking souterrain, qui a permis la découverte des produits stupéfiants, également intervenue en situation de flagrance.

Dans son arrêt du 7 janvier 2020, la Chambre criminelle casse l'arrêt de la Chambre de l'instruction. Elle affirme, logiquement, que les juges ne peuvent, pour justifier le recours à une enquête de flagrance, « *substituer leurs propres déductions aux constatations initiales des officiers ou agents de police judiciaire desquelles il résulte que ceux-ci ont entendu procéder à un contrôle routier en application du Code de la route* ».

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 7 janvier 2020, 19-84.246 : confirmation de la recevabilité de la preuve obtenue par les enquêteurs au moyen d'un « stratagème passif »

En l'espèce, à la suite d'un vol avec arme commis dans une villa, un individu était reconnu sur des enregistrements de vidéosurveillance comme étant le conducteur d'un scooter ayant suivi les victimes jusqu'à leur domicile deux jours avant les faits. Des gendarmes, non saisis des faits, appartenant à une section de recherches, prenaient contact, à la demande de leur hiérarchie, avec leurs informateurs. Le conducteur du scooter était ainsi sollicité et leur fournissait des renseignements sur les faits. Les gendarmes de la section de recherches retranscrivaient alors sur procès-verbal les

informations recueillies susceptibles d'impliquer leur informateur dans les faits. Placé en garde à vue, l'intéressé contestait sa participation aux faits. Il était, malgré tout, mis en examen du chef de vol avec arme en bande organisée et placé en détention provisoire.

Le mis en examen formait alors une requête en nullité visant, notamment, le procès-verbal d'investigations établi par les gendarmes de la section de recherches, en ce qu'il constituerait un procédé déloyal. La Chambre de l'instruction rejette cet argument en affirmant que les gendarmes n'ont en aucune façon contraint le mis en examen à se rendre au rendez-vous et qu'ils n'ont exercé aucune pression lorsque l'intéressé a révélé les propos retranscrits, celui-ci s'étant présenté de lui-même et sans contrainte au rendez-vous et aucune question ne lui ayant été posée. Elle en déduit que la section de recherche pouvait consigner les renseignements fournis spontanément par le mis en examen qui a accepté de se présenter à ce rendez-vous et de donner librement des renseignements, dans des procès-verbaux ne contenant aucune audition ni interrogation.

Dans son arrêt du 7 janvier 2020, la Chambre criminelle, dans l'exacte ligne de sa jurisprudence habituelle, rejette le pourvoi fondé, notamment, sur une violation de l'exigence de loyauté de la preuve pénale (voir, notamment : Cass. ass. plén., 9 décembre 2019, n° 18-86.767). En effet, selon elle, « *ne constitue pas un stratagème, le fait pour des gendarmes de consigner dans un [...] procès-verbal des propos qui n'ont pas été recueillis contre le gré de l'intéressé ou à son insu* ».

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 21 janvier 2020, n° 18-84.899 : régularité de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention autorisant le recours à une

perquisition coercitive reprenant les termes de la requête du parquet

En l'espèce, à la suite d'investigations ayant porté sur le vol, le recel, la dissimulation de l'origine de dizaines de véhicules, une enquête préliminaire a permis de révéler qu'un faussaire, garagiste de son état, aurait concouru à la dissimulation de l'origine de certains des véhicules volés en établissant et fournissant de faux certificats de carrossage à l'aide de tampons supportant des identités d'emprunt. L'intéressé a été poursuivi et condamné des chefs de faux, blanchiment et blanchiment en récidive.

Son pourvoi se fondait, notamment, sur le rejet par la Cour d'appel des moyens de nullité tirés de l'irrégularité des perquisitions effectuées. Il expliquait ainsi que toute ingérence dans la vie privée doit faire l'objet d'un contrôle judiciaire efficace de nature à garantir sa stricte nécessité. En conséquence, si, au cours d'une enquête préliminaire, le juge des libertés et de la détention peut, par exception, autoriser la réalisation de perquisitions sans l'assentiment de la personne chez qui elles ont lieu, cette autorisation doit reposer sur une décision écrite et motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant de la nécessité de ces mesures. Or, en l'espèce, l'autorisation de perquisition s'était, selon lui, bornée à reproduire *in extenso* la requête du procureur la République.

Dans son arrêt du 21 janvier 2020, la Chambre criminelle rejette le pourvoi. Elle souligne que, pour écarter l'exception de nullité des perquisitions litigieuses, qui faisait valoir que le juge des libertés et de la détention, s'étant borné à reproduire *in extenso* la requête du procureur de la République, n'avait pas motivé sa décision comme l'article 76, alinéa 4, du Code de procédure pénale le commande, l'arrêt retient que le grief n'est pas établi dès lors que le juge a, d'une part, visé ledit article 76 ainsi que les diverses infractions suspectées en précisant qu'elles étaient punies d'une peine égale ou supérieure à cinq ans d'emprisonnement (trois ans depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 mars 2019 de réforme pour la justice) et, d'autre part, pris factuellement en considération le risque de dépérissement des preuves au regard de la gravité et du nombre d'infractions, la

personnalité des suspects, ainsi que le caractère simultané de plusieurs perquisitions à intervenir, rendant impossible la présence de l'intéressé sur l'ensemble des lieux concernés. Selon la Haute juridiction judiciaire, cette motivation répondait effectivement aux prescriptions de l'article 76, alinéa 4, du Code de procédure pénale, peu important que les motifs de la décision du juge des libertés et de la détention, « *analysant les éléments de fait et de droit rendant nécessaire la mesure, soient exactement repris des termes de la requête du procureur de la République* ».

De la sorte, la Chambre criminelle complète sa jurisprudence aux termes de laquelle « *l'ordonnance du juge des libertés et de la détention, qui se borne à se référer à la requête présentée par le procureur de la République aux fins de perquisition, en application de l'article 76, alinéa 4, du Code de procédure pénale, n'est pas conforme aux exigences de ce texte* » (Cass. crim., 23 novembre 2016, n° 15-83.649). Si le juge des libertés et de la détention ne peut motiver son ordonnance en se contentant de viser les motifs contenus dans la requête du parquet, il peut néanmoins valablement procéder par « *copier-coller* » desdits motifs. La présence littérale de ces motifs dans l'ordonnance du juge des libertés et de la détention permet, en effet, de vérifier qu'il s'est approprié, *in concreto*, l'appréciation du ministère public quant à la nécessité et à la proportionnalité de la perquisition coercitive.

Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1re, 15 janvier 2020, n° 19-12.348, qualification du délai, forclusion ou prescription, en matière de filiation

Une femme contestait sa maternité à l'égard de ses deux enfants devant le tribunal de grande instance (désormais le tribunal judiciaire). D'abord, selon les termes de l'article 333, alinéa 2, du Code civil, nul, à l'exception du ministère public, ne peut contester la filiation lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au

moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement. Selon l'article 2234 du même Code, la prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure. Le premier de ces textes édicte un délai de forclusion (Civ. 1^{re}, 1er février 2017, n° 15-27245), qui n'est pas susceptible de suspension en application du second, lequel ne vise que les délais de prescription. Il résulte en effet de l'article 2220 du Code civil que les délais de forclusion ne sont pas régis par le titre XXe du livre III du Code civil sur la prescription extinctive, sauf dispositions légales contraires. La cour d'appel, qui fait application de l'article 333, alinéa 2 du Code civil, n'est donc pas tenue de s'interroger sur une éventuelle impossibilité d'agir de la demanderesse en contestation de maternité, par suite d'un empêchement. Ensuite, la cour d'appel estime souverainement qu'il résulte de l'ensemble des éléments soumis à son examen que l'intéressée a traité les défendeurs comme ses enfants et qu'ils se sont comportés comme tels, qu'elle a pourvu à leur éducation et à leur entretien, qu'ils étaient reconnus par la société et par la famille comme ses enfants, qu'ils étaient considérés comme tels par l'autorité publique, caractérisant ainsi une possession d'état publique, paisible et non équivoque, conforme à leurs titres, d'une durée d'au moins cinq ans et en déduit que la demanderesse est irrecevable en son action en contestation. En résumé, dans la mesure où un titre est corroboré par une possession d'état ayant duré au moins cinq ans, nul ne peut attaquer la filiation ainsi établie conformément à l'article 333, alinéa 2, du Code civil. Ce délai est de forclusion est insusceptible de suspension puisque non soumis au titre XXe du livre III du Code civil.

Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1^{re}, 18 décembre 2019, n° 18-14.751 : reconnaissance du parent d'intention dans le cadre d'une AMP

Un couple de femmes non mariées a recours à une assistance médicale à la procréation à Londres, dans des conditions légales. Les enfants naissent en 2014. Leurs actes de naissance sont établis à Londres, conformément au droit local. Ces actes de naissance réguliers désignent la mère ayant accouché et sa compagne comme « parent ». Les deux femmes sont de nationalité française et les enfants vivent avec elles depuis leur naissance. Le ministère public s'oppose à la transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil français. En 2017, le tribunal de grande instance de Nantes admet la transcription intégrale des actes de naissance en France. En 2018, la cour d'appel admet la transcription partielle des actes en ce qu'ils désignent la mère ayant accouché, mais refuse cette transcription en ce qu'ils désignent une deuxième femme comme parent. Par un arrêt du 18 décembre 2019, la Cour de cassation admet la transcription, sur les registres de l'état civil français, des actes de naissance des enfants. Elle considère que ni la circonstance que les femmes aient eu recours à une AMP en Angleterre ni celle que les actes mentionnent la mère ayant accouché et une autre femme ne constituent des obstacles à la transcription dès lors que ces actes sont probants au sens de l'article 47 du Code civil, c'est-à-dire réguliers, exempts de fraude et conformes au droit de l'État dans lequel ils ont été établis.

Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ.1^{ère}, 18 décembre 2019, n° 18-11.815 ; 18-12.327 : reconnaissance du parent d'intention dans le cadre d'une GPA

Deux couples d'hommes, l'un marié, l'autre non, ont recours à la gestation pour autrui en Californie et au Nevada, où la GPA est légale. Les enfants naissent en 2014. Leurs actes de naissance sont établis aux États-Unis,

conformément au droit local. Ces actes de naissance réguliers désignent le père biologique et son époux ou compagnon comme « parent ». Dans l'un des couples, les deux hommes sont de nationalité française, dans l'autre, l'un est français, l'autre belge. Dans les deux cas, les enfants vivent au foyer des intéressés depuis leur naissance. Le ministère public s'oppose à la transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil français. En 2017, le tribunal de grande instance de Nantes admet la transcription intégrale des actes de naissance en France. En 2018, la cour d'appel admet la transcription partielle des actes en ce qu'ils désignent le père biologique, mais refuse cette transcription en ce qu'ils désignent le « père d'intention ». La Cour de cassation retient qu'une GPA légalement faite à l'étranger ne fait pas, à elle seule, obstacle à la transcription de l'acte de naissance des enfants désignant le père biologique et le père d'intention.

Droit des biens

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 3e, 19 décembre 2019, n° 18-25.113, contrôle de proportionnalité sur l'étendue de la sanction

La Cour de cassation retient qu'avant de prononcer la démolition d'une maison d'habitation empiétant sur une servitude de passage, la cour d'appel doit, si cela est invoqué devant elle, examiner la proportionnalité d'une telle mesure au regard du droit au respect du domicile protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Par acte notarié dressé le 7 juillet 1982, fut instituée au profit de la parcelle cadastrée AN 14, propriété des consorts X, une servitude de passage, grevant la parcelle cadastrée A 143, propriété des consorts Y. Ces derniers firent construire sur leur parcelle une maison d'habitation en exécution d'un permis de construire délivré le 22 février 2007. M. X les assigna en référé en suppression des constructions, plantations et équipements empiétant sur l'assiette de la

servitude. Pour ordonner la démolition de la construction, la cour d'appel retint que du fait de l'empiètement, le passage était réduit de moitié ; un déplacement de l'assiette de la servitude ne pouvait être imposé au propriétaire du fonds dominant que dans les conditions prévues à l'article 701, dernier alinéa, du Code civil. La Cour de cassation censure l'arrêt. Elle décide qu'il convient de rechercher si la mesure de démolition n'est pas disproportionnée au regard du droit au respect du domicile des propriétaires du fonds servant.

Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 2e, 30 janvier 2020, n° 18-22.528, sanction de l'appel total

Dans le cadre d'un appel, à la suite d'une décision du tribunal de commerce, un appel est interjeté. L'appel mentionne qu'il forme « un appel total », sans plus de précisions. La cour d'appel a considéré qu'elle n'est saisie d'aucune demande et constate l'absence de régularisation de la déclaration d'appel. Devant la Cour de cassation, l'auteur du pouvoir reproche à la cour d'appel de ne pas avoir pris en compte ses conclusions qui précisaient pourtant les chefs de jugement critiqués et ajoutait que, constatant que l'appel total n'était pas nul, faute de grief allégué par l'intimé, l'article 6,§1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales avait été violé. Toutefois, la Cour de cassation, en recourant à sa nouvelle méthode de rédaction retient qu'« *En vertu de l'article 562 du Code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017, l'appel défère à la cour la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément et de ceux qui en dépendent, la dévolution ne s'opérant pour le tout que lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible.* 5. *En outre, seul l'acte d'appel opère la dévolution des chefs critiqués du jugement.*

6. Il en résulte que lorsque la déclaration d'appel tend à la réformation du jugement sans mentionner les chefs de jugement qui sont critiqués, l'effet dévolutif n'opère pas.

7. Par ailleurs, l'obligation prévue par l'article 901, 4°, du code de procédure civile, de mentionner, dans la déclaration d'appel, les chefs de jugement critiqués, dépourvue d'ambiguïté, encadre les conditions d'exercice du droit d'appel dans le but légitime de garantir la bonne administration de la justice en assurant la sécurité juridique et l'efficacité de la procédure d'appel.

8. Enfin, la déclaration d'appel affectée de ce vice de forme peut être régularisée par une nouvelle déclaration d'appel, dans le délai imparti à l'appelant pour conclure au fond conformément à l'article 910-4, alinéa 1, du code de procédure civile.

9. Il résulte de ce qui précède que ces règles ne portent pas atteinte, en elles-mêmes, à la substance du droit d'accès au juge d'appel.

10. Or, la cour d'appel a constaté que les déclarations d'appel se bornaient à mentionner en objet que l'appel était « total » et n'avaient pas été rectifiées par une nouvelle déclaration d'appel. Elle a donc retenu à bon droit, et sans méconnaître les dispositions de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que cette mention ne pouvait être regardée comme emportant la critique de l'intégralité des chefs du jugement ni être régularisée par des conclusions au fond prises dans le délai requis énonçant les chefs critiqués du jugement.

11. Le moyen n'est donc pas fondé.

Mais sur le moyen relevé d'office

12. Conformément aux articles 620, alinéa 2, et 1015 du code de procédure civile, avis a été donné aux parties.

Vu l'article 562 du code de procédure civile :

13. Il résulte de ce texte que le juge qui décide qu'il n'est saisi d'aucune demande, excède ses pouvoirs en statuant au fond.

14. Après avoir dit que les deux déclarations d'appel déposées par M. X... ne défèrent à la cour aucun chef critiqué du jugement attaqué et que la cour n'est par suite saisie d'aucune demande, la cour d'appel a confirmé le jugement.

15. En statuant ainsi, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs et violé le texte susvisé.

Portée et conséquences de la cassation

16. En application de l'article 1015 du code de procédure civile, avis a été donné aux parties qu'il est fait application des articles L. 411-3, alinéa 1, du code de l'organisation judiciaire et 627 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

CASSE ET ANNULE, par voie de retranchement, mais seulement en ce qu'il confirme en conséquence purement et simplement le jugement attaqué, l'arrêt rendu le 13 septembre 2019, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ; ».

En résumé, seul l'acte d'appel opère la dévolution des chefs critiqués du jugement. Aussi, lorsque la déclaration d'appel tend à la réformation du jugement sans mentionner les chefs de jugement qui sont critiqués, l'effet dévolutif n'opère pas.

Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 2e, 9 janvier 2020, n° 18-24.107 ; Calcul du délai de remise des conclusions pour l'avocat de l'appelant

L'avocat d'une société, le 2 février 2018, interjette appel d'un jugement du conseil de prud'hommes par lettre recommandée avec accusé de réception, laquelle est réceptionnée par le greffe de la cour d'appel. Par la suite, le conseiller de l'avocat dépose ses conclusions le 4 mai 2018. Les conclusions ayant été déposées après le délai de trois mois, le conseiller de la mise en état prononce la caducité. Sur déféré, la cour d'appel confirme l'ordonnance en relevant que le point de départ du délai de l'appelant pour conclure court à compter de la date de l'envoi de la déclaration d'appel et non de son enregistrement. La société forme un pourvoi en soutenant qu'en cas de déclaration d'appel faite par lettre recommandée avec accusé de réception, cette remise est constituée par la réception de la lettre par le greffe. La Cour de cassation retient que le délai de trois mois dont dispose l'appelant pour remettre ses conclusions

au greffe, lorsque la déclaration d'appel est établie sur support papier et qu'elle est adressée au greffe par lettre recommandée avec accusé de réception, court à compter du jour de l'expédition de cette lettre. D'abord, l'arrêt peut interroger sur l'emploi de la procédure écrite, alors que la communication électronique est de rigueur en matière d'appel. Toutefois, l'explication peut se trouver à l'article 930-1 du Code de procédure civile, selon lequel *« lorsqu'un acte ne peut être transmis par voie électronique pour une cause étrangère à celui qui l'accomplit, il est établi sur support papier et remis au greffe ou lui est adressé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. En ce cas, la déclaration d'appel est remise ou adressée au greffe en autant d'exemplaires qu'il y a de parties destinataires, plus deux. La remise est constatée par la mention de sa date et le visa du greffier sur chaque exemplaire, dont l'un est immédiatement restitué »*. Ensuite se posait la question du point de départ du délai dont dispose l'appelant pour conclure. Ce dernier dispose d'un délai de trois mois à compter de la déclaration d'appel (art. 908 CPC). Toutefois, le texte est imprécis, puisqu'il ne vise que la déclaration d'appel sans précision supplémentaire. Or une incertitude peut exister entre la réception de la déclaration d'appel et son enregistrement par le greffe. La jurisprudence avait déjà précisé que le délai pour conclure court à compter de la date de réception par le greffe de la juridiction, de la déclaration d'appel et non au jour de l'enregistrement de celle-ci (Civ. 2^e, 3 déc. 2015). Solution désormais étendue à la déclaration d'appel remise par voie papier.

Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 2e, 9 janvier 2020, n° 18-19.301, ordonnance de radiation et recours pour excès de pouvoir

Dans le cadre d'un appel, le conseiller de la mise en état a radié l'affaire pour défaut d'exécution

de la décision de première instance. Toutefois, cette dernière ne prévoyait pas d'exécution provisoire. Cette requête du conseiller de la mise en état a été déferée à la cour. Cette dernière a rejeté la demande, au motif que les mesures d'administration judiciaire ne peuvent faire l'objet d'un recours, même pour excès de pouvoir. Les appelants ont alors formé un pourvoi en cassation. La Cour de cassation a accueilli cette contestation, au visa notamment de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Il découle de l'article 537 du Code de procédure civile qu'une mesure d'administration judiciaire n'est sujette à aucun recours, fût-ce pour excès de pouvoir. Bien que l'article 526 du Code de procédure civile qualifie de mesure d'administration judiciaire la décision de radiation du rôle de l'affaire lorsque l'appelant ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée d'appel, cette décision affecte l'exercice du droit d'appel, de sorte qu'elle peut faire l'objet d'un recours en cas d'excès de pouvoir. Concrètement, elle retient que, bien que la radiation soit qualifiée de mesure d'administration judiciaire, elle affecte le droit d'appel. Dès lors, il est impossible d'empêcher les justiciables de formuler des recours contre elle.

Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 2e, 9 janvier 2020, n° 18-21.997, autorité de la chose jugée des décisions du juge de la mise en état

À la suite de divers désordres, dans le cadre d'une vente en l'état futur d'achèvement, le syndicat des copropriétaires a obtenu, en référé, la désignation d'un expert puis a fait assigner au fond la société devant le tribunal de grande instance. Dans le cadre de la mise en état, le juge compétent a été saisi d'une exception de nullité de l'assignation fondée sur le défaut d'habilitation du syndic. Toutefois, par une ordonnance, le juge de la mise en état a rejeté la demande. Puis le tribunal a déclaré irrecevable l'exception de nullité de l'assignation. Un appel

est formé. Cette dernière a retenu qu'en statuant sur une exception de procédure, l'ordonnance du magistrat de la mise en état met fin à l'instance, que cette ordonnance est revêtue, au principal, de l'autorité de la chose jugée, de sorte que l'ordonnance du juge de la mise en état qui a rejeté l'exception de nullité de l'assignation pouvait être remise en cause devant le juge du fond. Toutefois, la Cour de cassation censure les juges du fond. En effet, elle retient que les ordonnances du juge de la mise en état statuant sur une exception de procédure ont autorité de chose jugée, qu'elles mettent ou non fin à l'instance. Il résulte de l'ancien article 775 du Code de procédure civile (désormais art. 794 CPC) que « *Les ordonnances du juge de la mise en état n'ont pas, au principal, l'autorité de la chose jugée à l'exception de celles statuant sur les exceptions de procédure et sur les incidents mettant fin à l'instance* ». La Haute cour a une conception extensive de cet article puisqu'elle a considéré que « *les ordonnances du juge de la mise en état statuant sur une exception de procédure ont autorité de la chose jugée en application de l'article 775 du code de procédure civile* » (Civ. 2e, 23 juin 2016, n° 15-13.483). Aussi elle ne semble pas faire de distinction, à l'inverse du texte entre les décisions ayant pour effet de mettre fin à l'instance ou non. En conséquence, l'autorité de la chose jugée est attachée à toutes les ordonnances du juge de la mise en état statuant sur une exception de procédure.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1^{ère}, 11 décembre 2019, pourvoi n° 18-13.840 : La faute de la victime source d'exonération de responsabilité du transporteur ferroviaire.

La décision était attendue et même prévisible depuis l'important arrêt rendu à propos d'un transporteur fluvial (Civ. 1^{ère}, 16 avril 2015). La question posée aux juges dans l'arrêt de 2019 était de savoir si la faute simple de la victime peut entraîner l'exonération de responsabilité

du transporteur ferroviaire. Dans des arrêts controversés et souvent mal interprétés (Civ. 1^{ère}, 13 mars 2008 ; Ch. Mixte, 28 novembre 2008), la Cour régulatrice avait affirmé que l'exonération de responsabilité du transporteur ferroviaire nécessite qu'il rapporte la preuve que la faute de la victime revêtait à son égard les caractères de la force majeure. On en déduisait – peut-être déjà à tort – que la faute simple de la victime était sans incidence sur la responsabilité du transporteur ferroviaire. Cette affirmation avait déjà été battue en brèche par l'arrêt précité de 2015, dans lequel la Haute juridiction avait admis que la faute simple de la victime est source d'exonération partielle de responsabilité pour le transporteur fluvial. Certains avaient cru réduire la portée de cette décision au cas particulier du transporteur fluvial, comme si une différence devait être faite en fonction du type de transport. Cette étrange théorie a vécu ; la Cour de cassation enterre irrémédiablement les solutions portées par les arrêts de 2008. Elle le fait aussi avec force puisqu'elle se fonde sur un règlement européen du 23 octobre 2007, sans passer par la voie de la question préjudicielle estimant que la solution ne fait guère de doute : « *Il en résulte que le transporteur ferroviaire peut s'exonérer de sa responsabilité envers le voyageur lorsque l'accident est dû à une faute de celui-ci, sans préjudice de l'application du droit national en ce qu'il accorde une indemnisation plus favorable des chefs de préjudices subis par la victime* ».

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 2^{ème}, 12 décembre 2019, pourvoi n° 18-22.727 et Civ. 2^{ème}, 16 janvier 2020, pourvoi n° 18-23.787 : Enièmes retours sur la notion d'implication pour ceux qui n'ont pas compris.

Dans la première affaire, un véhicule automobile ralentit sur sa voie, de sorte que la moto qui le suivait entame une manœuvre de dépassement. Hélas, le motard percute une chèvre qui traversant la route constituait un obstacle

impossible à éviter. La question posée était des plus classiques : le véhicule automobile est-il impliqué dans l'accident ? La cour d'appel répond par la négative tenant un raisonnement suranné : en l'absence de contact entre la moto et l'auto, cette dernière n'était pas impliquée dans l'accident. La censure promise n'a pas manqué d'être prononcée par la Cour de cassation qui rappelle qu'est impliqué dans un accident, le véhicule terrestre à moteur qui joue un rôle quelconque dans sa survenance (V. déjà, Civ. 2^{ème}, 24 janvier 1996 ; Civ. 2^{ème}, 24 février 2000). De par sa position, le véhicule automobile dépassé a nécessairement joué un rôle quelconque dans l'accident du motard (Civ. 2^{ème}, 12 décembre 2019). Dans la deuxième affaire, la Cour régulatrice procède au pareil cette fois pour approuver des juges du fond « *ayant exactement rappelé qu'est impliqué, au sens de l'article 1^{er} de la loi du 5 juillet 1985, tout véhicule ayant joué un rôle quelconque dans la réalisation d'un accident puis constaté que le véhicule de C. Y avait dérapé sur la chaussée rendue glissante par la présence d'huile « répandue involontairement » par le tracteur conduit par M. A. X, une cour d'appel, en a déduit à bon droit que le tracteur était impliqué dans l'accident* » (Civ. 2^{ème}, 16 janvier 2020).

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Ass. plén. 13 janvier 2020, pourvoi n°A 17-19.963 : Quand l'Assemblée plénière met les points sur les « i » en matière de responsabilité du contractant vis-à-vis des tiers.

Voici un arrêt très important, d'autant plus que souhaité, il n'était pas attendu et a donc surpris le monde du droit. Son contenu étonne également, bien qu'il soit lui aussi des plus heureux. Pour rappel, en 2006, l'Assemblée plénière de la Haute juridiction a, dans un arrêt *Bootshop*, décidé que « *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* » (Ass. plén. 6 octobre 2006, *Bootshop* ou *Myr'ho*).

Cette solution est intervenue pour mettre fin à une controverse prétorienne sur la caractérisation de la faute du contractant dont la responsabilité est recherchée par un tiers. Bien que logique dans la perspective d'une faute civile toujours plus souplement appréciée, la solution de l'arrêt de 2006 a été particulièrement critiquée par la doctrine. Si la solution a été répétée (Com. 15 septembre 2009), certaines formations de la Cour de cassation ont également montré des doutes quant à sa portée (Civ. 1^{ère}, 15 décembre 2011), notamment en mesurant la responsabilité du contractant vis-à-vis des tiers avec de plus fortes exigences quant aux exigences de preuve d'un préjudice et du lien causal (Civ. 1^{ère}, 20 septembre 2017). Une décision de 2017 est considérée comme une réelle tentative de remise en cause de la jurisprudence *Bootshop* (Civ. 3^{ème}, 18 mai 2017). C'est dans ce contexte qu'intervient salutairement la décision de l'Assemblée plénière en date du 13 janvier 2020. L'un de ses mérites est de fixer définitivement (en jurisprudence, puisque l'on attend la réforme de la responsabilité civile) la solution de 2006 ; l'autre de ses mérites, et non des moindres, est qu'il est particulièrement clair, la solution étant justifiée grâce à la motivation enrichie. Revenons d'abord sur les faits : une centrale d'électricité fournit en énergie la société A. La centrale subit un incendie, ce qui prive d'énergie la société A. En vertu d'une convention d'assistance, la société A reçoit le secours de la société B, qui œuvre dans le même secteur d'activité. Par suite, la société B demande une indemnisation à son assureur pour l'assistance apportée. La société B obtient cette indemnisation dans les prétoires. L'assureur de la société B forme une action subrogatoire à l'encontre de la société A et de la centrale d'énergie. L'assureur est débouté de son action à l'encontre de la société A dès lors que la convention d'assistance fait obstacle à l'action. L'assureur est également débouté de son action engagée sur le fondement de la responsabilité délictuelle contre la centrale d'énergie – et c'est ce qui nous intéresse grandement – en raison de preuve d'une faute établie de la centrale à son endroit. On comprend donc que les juges du fond ont adopté une position contraire à celle portée par la Haute juridiction dans l'arrêt *Bootshop*. Saisie d'un pourvoi de l'assureur, la chambre commerciale

de la Cour régulatrice a renvoyé devant l'Assemblée plénière. La question posée dans cette affaire aux hauts conseillers est exactement identique à celle qui avait été posée à l'assemblée plénière en 2006 : « *le tiers à un contrat qui subit un dommage du fait de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ce contrat peut-il obtenir réparation de ce dommage sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle et, en conséquence, doit-il simplement apporter la preuve du manquement contractuel ou bien d'une faute, d'une négligence ou d'une imprudence commise par ce contractant ?* ». Et la réponse de la Cour de cassation est des plus définitives ; elle casse l'arrêt d'appel aux motifs que « *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, la cour d'appel, qui a constaté la défaillance de la [centrale d'énergie] dans l'exécution de son contrat de fourniture d'énergie à [la société A] pendant quatre semaines et le dommage qui en était résulté pour [la société B], victime de l'arrêt de cette usine, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations* ». Autrement dit, à la condition que le manquement contractuel lui ait causé un dommage, le tiers acquiert droit à réparation et n'a pas à prouver qu'une faute a été directement commise à son endroit par le contractant. Est répété le principe d'identité des fautes délictuelles et contractuelles, nonobstant que l'obligation contractuelle en cause soit une obligation de résultat ou de moyens. Au demeurant, on déduit aussi de la solution que la Cour de cassation subordonne évidemment le succès de l'action à la preuve par le tiers de la causalité et du préjudice réparable. La solution est désormais très claire et éclaire assurément le droit positif à tout le moins jusqu'à la très attendue réforme de la responsabilité civile. Le projet de réforme de 2017 largement salué peut tout de même encourir quelques critiques, notamment sur le point de la responsabilité du contractant vis-à-vis des tiers, puisque le projet s'éloigne de la solution prétorienne. L'article 1234 projeté disposerait que « *Lorsque l'inexécution du contrat cause un dommage à un tiers, celui-ci ne peut demander réparation de ses conséquences au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge*

pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés à la section II du chapitre II. Toutefois, le tiers ayant un intérêt légitime à la bonne exécution d'un contrat peut également invoquer, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, un manquement contractuel dès lors que celui-ci lui a causé un dommage. Les conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants lui sont opposables. Toute clause qui limite la responsabilité contractuelle d'un contractant à l'égard des tiers est réputée non écrite ». Le texte projeté est critiquable au plus haut point, notamment eu égard à cette référence totalement incertaine à la notion d'« intérêt légitime à la bonne exécution d'un contrat ». S'agit-il de l'intérêt à agir ? d'un intérêt patrimonial ? l'intérêt doit-il être direct ou seulement indirect ? doit-il être préalable à l'inexécution ? doit-il exister lors de la formation du contrat ? etc. Il est vrai que l'on connaît, à l'aune du principe de relativité des conventions, la notion de tiers intéressé, lequel se situe à la frontière entre les catégories de contractants et de *penitus extranei* ; mais on la sait sujette elle-même à difficultés et désormais concurrencée par la notion de tiers ayant un intérêt légitime à la bonne exécution d'un contrat. Bref, la Cour de cassation a peut-être clos le débat de la responsabilité du contractant vis-à-vis du tiers et le législateur ferait bien de consacrer telle quelle la solution de 2006 et 2020, dans laquelle il n'est point fait de distinction entre les tiers selon leur qualité ou leur intérêt.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 16 octobre 2019 et Com. 15 janvier 2010 : Actualités de la concurrence déloyale.

La théorie de la concurrence déloyale est toujours aussi vivace depuis son élaboration par le doyen Roubier en 1948 (P. Roubier, *Théorie générale de l'action en concurrence déloyale*, RTD com. 1948 p. 541). Exception française, l'action en concurrence déloyale repose depuis

lors sur le droit commun de la responsabilité délictuelle, ce qui ne semble pas en voie de changement (le projet de réforme de la responsabilité civile délictuelle ignore totalement la question de la concurrence déloyale). Il est aussi constant que l'acte de concurrence déloyale relève de trois types de comportements : le dénigrement, l'imitation et la désorganisation de l'entreprise concurrente. L'arrêt du 16 octobre 2019 donne un exemple de désorganisation de l'entreprise d'autrui par le recrutement d'un salarié d'un concurrent. Dans cette affaire, et c'est le premier intérêt de cette décision, la Haute juridiction décide que l'entreprise qui sciemment recrute un salarié en pleine connaissance de l'obligation de non-concurrence souscrite par ce dernier au bénéfice de son ancien employeur commet une faute délictuelle. La solution est constante sur le fondement de l'article 1240 du Code civil (Com. 11 octobre 1971, souvent mentionné comme topique de la responsabilité d'un tiers complice de l'inexécution contractuelle). A noter que la déloyauté est caractérisée dès lors qu'il existe une obligation de non-concurrence au profit de l'ancien employeur et que le nouvel employeur en avait connaissance. A défaut, la concurrence déloyale n'est pas retenue. En effet, pour rappel, l'embauche de salarié d'un concurrent n'est pas en soi constitutive d'un acte de concurrence déloyale (Com. 8 novembre 2016), à moins que le but de cette embauche soit l'accaparement du savoir-faire de concurrent ou le démarchage systématique de sa clientèle (Com. 15 mars 2017). L'arrêt du 16 octobre 2019 révèle un second enseignement dès lors que la Cour régulatrice censure la cour d'appel pour avoir mis, à tort, comme condition d'existence de manœuvres frauduleuses destinées à connaître les méthodes commerciales de l'autre entreprise dans le but de la désorganiser. Quant à l'arrêt du 15 janvier 2010, il revient sur la question du préjudice en matière de concurrence déloyale. Si traditionnellement, l'existence d'un préjudice est une condition de la responsabilité délictuelle, tel n'est pas le cas en matière de concurrence déloyale. La jurisprudence est également constante en la matière (par ex., Civ. 1^{ère}, 21 mars 2018). L'arrêt du 15 janvier 2010 va dans le même sens puisque les hauts conseillers décident que « *il s'infère nécessairement un préjudice d'un acte de dénigrement* » (Com. 15

janvier 2020). L'action en concurrence déloyale repose certes sur le droit commun de la responsabilité délictuelle, cependant le juge a su adapter ce droit commun et son modèle pour le rendre pertinent dans le cadre des affaires de concurrence déloyale.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 3^{ème}, 24 octobre 2019, pourvoi n°18-20.838 : Juridiction compétente pour connaître de l'action en annulation d'une clause litigieuse.

En vertu des articles R. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire et de l'article R. 145-23 du Code de commerce, le tribunal de grande instance (désormais tribunal judiciaire) et son président sont compétents pour connaître des litiges ayant pour objet le statut des baux commerciaux. La question posée à la Haute juridiction en l'espèce est de savoir qu'elle est la juridiction compétente pour connaître de l'action en nullité d'une clause d'adhésion obligatoire à l'association de commerçants contenue dans un contrat de bail commercial. Deux analyses s'opposent : d'un côté, si l'on considère que le critère pertinent de départ entre la compétence du juge civil et celle du juge commercial est la localisation de la clause, alors celle-ci étant comprise dans un contrat de bail commercial, le tribunal judiciaire est compétent en vertu des textes ci-dessus énoncés ; de l'autre, si l'on tient compte de l'objet de la clause et non de sa stipulation dans le contrat de bail commercial, la clause d'adhésion obligatoire à une association de commerçants ne relève pas à proprement parler de l'application du statut des baux commerciaux, donc le tribunal de commerce est compétent en vertu de l'article L. 721-3 du Code de commerce. La Cour de cassation ne tranche pas entre les deux : dans un premier temps, elle pose le principe de la compétence du tribunal judiciaire usant du critère de l'objet de la clause. Ainsi, elle décide que le tribunal de grande instance (désormais

tribunal judiciaire) et son président sont compétents, pour toutes les actions, de quelque nature qu'elles soient, à l'égard des baux commerciaux régis par le statut des baux commerciaux. La contestation de la clause d'adhésion obligatoire à l'association de commerçants contenue dans un bail ne ressort pas en principe de l'application du statut des baux commerciaux. Cependant, dans un second temps, la Haute juridiction pose une exception fondée sur la localisation de la clause : l'action en contestation de la clause d'adhésion obligatoire à l'association de commerçants, si elle prend appui sur les dispositions relatives au statut des baux commerciaux, doit être dirigée devant le tribunal de grande instance, devenu tribunal judiciaire. Force est de constater que les hauts conseillers font preuve en l'espèce d'un pragmatisme pertinent afin d'éviter des attermoiements processuels.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 2^{ème}, 28 novembre 2019, pourvoi n° 18-15.333 : Nouvelle illustration de la requalification d'un auto-entrepreneur en salarié.

La requalification d'un auto-entrepreneur ou micro-entrepreneur en salarié n'est pas chose nouvelle devant la Cour de cassation et ce, quelle que soit la formation qui rend la décision (Crim. 10 janvier 2017, Civ. 2^{ème}, 24 mai 2017, Soc. 26 avril 2017). La Cour de cassation rappelle que l'article L. 8221-6-1 du code du travail porte une présomption légale de non-salariat, qui bénéficie aux personnes sous le statut d'auto-entrepreneur, laquelle peut être détruite s'il est établi qu'elles fournissent directement ou par une personne interposée des prestations au donneur d'ordre dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci. La Cour régulatrice tire en l'espèce les conséquences d'une telle requalification en rappelant que l'employeur est tenu de payer les cotisations

sociales afférentes à l'emploi de celui requalifié de salarié.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 3^{ème}, 12 décembre 2019, pourvoi n° 18-23.784 : Requalification d'une convention d'occupation précaire en bail dérogatoire.

La convention d'occupation précaire nécessite la caractérisation d'une précarité réelle, c'est-à-dire objective, indépendante de la volonté des parties. La jurisprudence est constante sur ce point (Civ. 3^{ème}, 19 novembre 2003). Il n'en va pas autrement dans le présent arrêt : la Haute juridiction a décidé que ne constitue pas une précarité objective, le fait de conditionner la durée du bail à une éventuelle cession du fonds de commerce ; dès lors, il ne s'agit pas d'une convention d'occupation précaire mais d'un bail dérogatoire. Dans cet arrêt, la Cour de cassation procède effectivement en deux temps. D'une part, elle souligne que le projet de cession porte sur le fonds de commerce de la locataire ou son droit au bail, ce qui exclut l'existence d'une cause objective de précarité de l'occupation des lieux faisant obstacle à la conclusion ou à l'exécution d'un bail commercial et justifiant le recours à une convention d'occupation précaire. D'autre part, est souligné qu'au-delà du terme prévu à la convention qui dérogeait aux dispositions statutaires, la locataire était restée dans les lieux sans que le bailleur n'eût manifesté son opposition, ce dont il résultait qu'il s'était opéré un nouveau bail).

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 grève, ses modalités, ses abus

Alors que nous enregistrons ce podcast rue de Varenne à Paris, des manifestants grévistes défilent dans la rue. L'occasion ne pouvait pas être davantage propice à un podcast sur la grève, sa définition, et la détermination de ses contours licites et illicites.

Naturellement, il ne s'agit pas de rappeler la fondamentale et l'essentialité du droit de grève, ce sont des évidences. Nous allons en rappeler les modalités légales. Le sentiment depuis que les grèves visant à contester la réforme des retraites ont commencé est que les médias, les grévistes et nos hommes politiques les méconnaissent.

Pour nous éclairer, Gregory Portais, professeur de droit public et de libertés fondamentales.

<https://soundcloud.com/prepaisp/la-greve-ses-modalites-ses-abus>

Le pouvoir du poil en politique ou la signification politique des barbes et des moustaches

Le 3 octobre dernier, après la tragique attaque au couteau à la préfecture de police de Paris, le Ministre de l'Intérieur, auditionné par la commission des lois de l'Assemblée nationale, est interrogé sur la nécessaire détection des signes de radicalisation. Christophe Castaner évoque plusieurs indices, parmi lesquels le port de la barbe.

Ce n'est pas une hypothèse isolée : la barbe, la moustache et la pilosité en général ont assurément, dans l'histoire et dans la société contemporaine, une signification politique, un lien intime avec le pouvoir

Pour en parler, nous recevons Samir Hammal, professeur de Culture Générale à l'ISP

<https://soundcloud.com/prepaisp/le-pouvoir-du-poil-en-politique-ou-la-signification-politique-des-barbes-et-des-moustaches>

L'irresponsabilité pénale, le cas particulier de l'affaire Sarah Halimi

Dans la nuit du 4 au 5 avril 2017, Kobili Traoré a tué Sarah Halimi. Il aurait commis cet acte sous l'emprise de la drogue et aurait perdu tout discernement. Partant, les juges ont affirmé son irresponsabilité pénale.

Qu'est-ce que l'irresponsabilité pénale ? Comment comprendre cette décision des juges qui heurte a priori la morale et le bon sens ?

Pour répondre à ces interrogations, nous recevons Olivier Bachelet, magistrat et professeur de droit pénal au sein de l'ISP.

<https://soundcloud.com/prepaisp/lirresponsabilite-penale-le-cas-particulier-de-laffaire-sarah-halimi>

Faut-il interdire le lobbying ?

Le lobbying serait cette pratique corruptrice dont usent les puissants de ce monde afin de faire triompher leurs intérêts auprès d'une classe politique veule, le lobbying trahirait la promesse démocratique d'un gouvernement dans l'intérêt de tous. Il n'est en effet pas rare de croiser ouvrages, articles et posts rageurs dénonçant l'emprise de tel ou tel lobby sur les mécanismes de la décision publique. Le dernier en date ? Le gestionnaire d'actifs américain Blackrock aurait soufflé au gouvernement sa réforme des retraites.

Et pourtant, le lobbying est une pratique aujourd'hui bien installée dans le quotidien des politiques publiques françaises, suivant en cela la voie anglo-saxonne. Il permettrait aux différents groupes, fédérations, professions, associations – à la société civile en somme, de porter à l'oreille et aux yeux des décideurs publics leurs revendications et amendements.

Alors le lobbying est-il une menace pour la démocratie et l'intérêt général ? Quelles sont les conditions d'un lobbying acceptable ?

Avec David Bracq, ancien lobbyiste, auditeur de justice et futur magistrat

<https://soundcloud.com/prepaisp/faut-il-interdire-le-lobbying>

La Cour d'assises

La Cour d'assises est l'une des trois juridictions pénales françaises. Alors que les tribunaux de police jugent des contraventions, que les tribunaux correctionnels jugent des délits, la Cour d'assises juge des crimes pour lesquels les peines encourues vont de 15 ans de réclusion criminelle à la prison à perpétuité.

Malgré son importance et sa célébrité, la Cour d'assises reste méconnue. Pour nous éclairer sur son fonctionnement, le déroulement de l'audience et le délibéré en cour d'assises, nous avons l'honneur de recevoir Anne Segond, Magistrat

<https://soundcloud.com/prepaisp/la-cour-d-assises>

Agnès Naudin

Agnès Naudin, capitaine de police, écrivaine à succès, est l'image moderne de la Police. Quasi-icone médiatique depuis la parution de ses livres « Affaires de famille » et « Affaire d'ados », quand lesquels elle relate son expérience dans une brigade parisienne de protection des familles. Elle est actuellement auditrice à l'école de guerre, conférencière et directrice de collection aux Editions Le Cherche Midi. Agnès Naudin nous fait le plaisir de partager ses expériences, ses idées et son franc-parler avec nous au travers d'un podcast sous forme de portrait.

<https://soundcloud.com/prepaisp/interview-dagnes-naudin>

Les conséquences prévisibles et imprévisibles du Brexit

Le 31 janvier 2020, l'accord de retrait portant la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne était signé. Le Brexit est désormais une réalité, à tout le moins juridique. Ses enjeux ont largement été débattus au cours des trois dernières années et pourtant les incertitudes demeurent quant aux conséquences de cette sortie.

Afin de nous éclairer sur les conséquences prévisibles et imprévisibles du Brexit, nous recevons Philippe Mazet, professeur de culture générale.

<https://soundcloud.com/prepaisp/les-consequences-previsibles-et-imprevisibles-du-brexit>

L'exécution des peines d'emprisonnement ferme

La peine d'emprisonnement est la première peine dans l'échelle des peines ; elle est très fréquemment prononcée par les juridictions correctionnelles et criminelles. Par ailleurs les prisons ont un taux d'occupation excédant très sensiblement leur capacité théorique, des lois étant régulièrement votées pour endiguer le phénomène de la surpopulation carcérale. On dit pourtant qu'il y a un grand décalage entre les peines prononcées et les peines exécutées. C'est tout le parcours d'exécution des peines qui est en jeu et qui est très méconnu. Pour nous éclairer sur la réalité de l'emprisonnement ferme en France, nous recevons Anne Segond, Magistrat.

<https://soundcloud.com/prepaisp/lexecution-des-peines-demprisonnement-ferme>



CRISP

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation

