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

N° 51 – 2020

Sommaire

L'édito	p. 3
L'article du mois	p. 4
L'actualité	p. 15
Les vidéos, podcasts et autres ressources	p. 45



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

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation

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

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

L'article du mois

Présentation des dispositions pénales de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales

L'activité législative ne faiblit pas à propos de la lutte contre les violences conjugales. Alors que la loi n° 2018-703 du 3 août 2018, renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, et la loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019, visant à agir contre les violences au sein de la famille, avaient déjà substantiellement modifié de nombreuses dispositions...



The logo for PREPA ISP, with 'PREPA' and 'ISP' in black, separated by a red horizontal bar above and below.

Olivier Bachelet

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

Philippe MAZET

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

Franck TOURET

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

Jacob BERREBI

jacob.berrebi@prepa-isp.fr

Vanessa MAURICIO

vanessa.mauricio@prepa-isp.fr**Directrice Générale ISP**

Julie HABERMAN

julie.haberman@prepa-isp.fr**Prépa ISP**

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 18h

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 35 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

« Il y a quelque chose de plus fort que la mort : c'est la présence des absents dans la mémoire des vivants et la transmission, à ceux qui ne sont pas encore, du nom, de la gloire, de la puissance et de l'allégresse de ceux qui ne sont plus, mais qui vivent à jamais dans l'esprit et dans le cœur de ceux qui se souviennent »,

Jean D'Ormesson, *Discours de réception à l'Académie française*, 6 juin 1974

Notre hommage à Samuel Paty !

Il sera court car beaucoup de choses ont déjà été dites pour rendre hommage à cet enseignant lâchement assassiné par un fanatique le 16 octobre dernier. Son assassin reprochait à ce professeur d'histoire-géographie d'avoir, quelques jours auparavant, montré quelques-unes des caricatures de Mahomet diffusées par Charlie Hebdo à ses élèves à l'occasion d'un cours d'éducation civique.

Cet acte odieux, nous en avons parlé au sein de la Prépa, entre nous, enseignants, avec certains d'entre vous, élèves. D'ailleurs, si d'autres veulent en discuter, si vous voulez organiser une ou des rencontres (probablement en distanciel), nous mettrons les moyens de l'ISP à votre service.

Au cours des discussions déjà menées, s'est posée la question de savoir comment enseigner la liberté d'expression, la comprendre et en faire un usage utile et de bon sens. Au sein de la Prépa, nous avons cette « facilité », celle de s'adresser à des « têtes bien faites » et à des « têtes déjà faites ». Il en est de même à l'Université, nous œuvrons en enseignant à des adultes, le plus souvent – heureusement – capables de débattre (rappelons que le débat existe pour éviter le combat). Notre travail est plus facile que celui de Samuel Paty et de tous les enseignants de collège qui doivent porter les bases de l'éducation civique, les fondements de la citoyenneté. Alors posons la question, dans une société de clivages, fruit paradoxal de l'individualisme et du communautarisme, comment aider l'école de la République ? Humblement, nous admettons que nous n'avons pas la réponse. Nous l'espérons de nos gouvernants. Cet espoir est notre hommage à Samuel Paty.

Ce n'est malheureusement pas notre seul questionnement, notre seul constat : l'horreur de l'acte ne surprend plus mais n'en est pas moins grande : la répétition des actes de violence et de terreur ne doit pas les rendre anodins, on ne doit jamais s'habituer à les subir, l'on ne doit pas non plus renoncer à résister face à cette doctrine de la terreur, à lutter contre ceux qui veulent nous priver de nos libertés, qui veulent nous commander la manière de conduire notre société, ceux qui réfutent les valeurs de notre démocratie et de notre République. Au contraire... Cette année au sein de la Prépa ISP, nous ferons le choix dans toutes les formations de mettre l'accent sur ces valeurs, sur ce qui fait notre société et ses forces. Cette contribution est notre hommage à Samuel Paty.

Merci à Samuel pour son engagement au nom de l'enseignement, des libertés et de la France. Il n'était pas soldat mais il est mort en représentant la France. Merci à tous ceux qui comme lui chérissent et éduquent nos enfants au respect des valeurs républicaines. Ces remerciements sont notre hommage à Samuel Paty.

L'équipe de la Prépa ISP

Jacob BERREBI
Professeur de droit civil à
l'ISP

L'article du mois

Présentation des dispositions pénales de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

1. – L'activité législative ne faiblit pas à propos de la lutte contre les violences conjugales. Alors que la loi n° 2018-703 du 3 août 2018, renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, et la loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019, visant à agir contre les violences au sein de la famille, avaient déjà substantiellement modifié de nombreuses dispositions, notamment, du Code civil, du Code pénal et du Code de procédure pénale, la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020, visant à protéger les victimes de violences conjugales, a été publiée au Journal officiel de la République Française le 31 juillet 2020. Nous présenterons ici, de manière synthétique, les dispositions pénales de cette loi qui, conformément à l'article 1^{er} du Code civil, entrent en vigueur le 1^{er} août 2020. Ces dispositions concernent à la fois le droit pénal de forme (I) et le droit pénal de fond (II).

I. – Les dispositions de droit pénal de forme

2. – Pour ce qui concerne le droit pénal de forme, la loi du 30 juillet 2020 comporte des dispositions relatives aux enquêtes de police (A), à l'orientation des procédures (B) et à l'information judiciaire (C).

A. Les dispositions relatives aux enquêtes de police

3. – **Remise obligatoire d'un certificat médical à la victime de violences.** En premier lieu, l'article 14 de la loi du 30 juillet 2020 insère

dans le Code de procédure pénale un article 10-5-1 aux termes duquel, lorsque l'examen médical d'une victime de violences a été requis par un officier de police judiciaire ou par un magistrat, le certificat d'examen médical relatif à son état de santé doit être remis à ladite victime. Logiquement, l'article 13 de la loi modifie l'article 10-2 du Code de procédure pénale dont le 10° prévoit, désormais, que la victime doit être informée de ce droit de remise du certificat.

Ces dispositions ont pour objectif de permettre à la victime de violences – qui ne doivent pas nécessairement être conjugales – de disposer, dès le début de la procédure, d'une preuve des blessures subies, ce qui devrait lui permettre de faciliter ses démarches ultérieures, notamment pour obtenir une réparation des préjudices subis. Notons que, pour concilier le droit de la victime à disposer d'un certificat médical avec les nécessités de l'enquête, il est prévu que **l'intéressée se voie remettre un certificat d'examen médical, distinct du certificat médical initial réalisé sur réquisition, constatant son état de santé consécutif aux violences, sans que soit mentionnées les réponses apportées par le médecin aux questions précises des enquêteurs utiles à la manifestation de la vérité.**

4. – **Saisie des armes dans l'enquête portant sur des faits de violences.** En second lieu, l'article 15 de la loi du 30 juillet 2020 modifie l'article 56 du Code de procédure pénale dont le premier alinéa est complété par les dispositions suivantes : « *Lorsque l'enquête porte sur des infractions de violences, l'officier de police judiciaire peut, d'office ou sur instructions du procureur de la République, procéder à la saisie des armes qui sont détenues par la personne suspectée ou dont celle-ci a la libre disposition, quel que soit le lieu où se trouvent ces armes* ».

Nous savons que l'article 56 du Code de procédure pénale est relatif à la collecte des preuves par le recours à des perquisitions et des saisies. La loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010, visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale, a élargi son champ en permettant à l'officier de police judiciaire de procéder à la perquisition et à la saisie des biens dont la confiscation est prévue par l'article 131-21 du Code pénal en tous lieux où ceux-ci sont susceptibles de se trouver. À ce propos, l'article 131-21 du Code pénal dispose que la peine de confiscation est encourue de plein droit pour les crimes et pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à un an, ce qui est le cas des infractions correctionnelles de violences. Cette peine est, en outre, obligatoire pour les objets qualifiés de dangereux ou nuisibles par la loi ou le règlement, ou dont la détention est illicite, que ces biens soient ou non la propriété du condamné, ce qui est également le cas des armes.

À cet égard, les nouvelles dispositions ne font qu'explicitement les possibilités déjà offertes aux officiers de police judiciaire, par la combinaison des articles 56 du Code de procédure pénale et 131-21 du Code pénal, de saisir, sans qu'une instruction du procureur de la République soit nécessaire, les armes d'une personne suspectée d'être auteur de violences, où qu'elles se trouvent.

B. Les dispositions relatives à l'orientation procédurale

5. – Extension du champ d'application du fichier des personnes recherchées. L'article 230-19 du Code de procédure pénale liste les personnes qui sont inscrites dans le fichier des personnes recherchées au titre des décisions judiciaires. L'objectif de ce fichier est, notamment, de permettre aux forces de l'ordre d'être informées sur la situation de la personne faisant l'objet d'un contrôle d'identité, en particulier lorsque celle-ci a fait l'objet de mesures d'interdiction de paraître. Afin de renforcer l'efficacité de ce fichier, l'article 16 de la loi du 30 juillet 2020 insère dans l'article 230-19 du Code de procédure pénale un 11° aux termes duquel sont inscrites dans le fichier des personnes recherchées les personnes ayant fait l'objet d'une interdiction de paraître dans

certain lieux prononcée par le procureur de la République comme alternative aux poursuites, soit dans le cadre d'une mesure de classement conditionnel (article 41-1, 7°, du Code de procédure pénale), soit dans le cadre d'une composition pénale (article 41-2, 9°, du Code de procédure pénale).

6. – Exclusion de la médiation pénale en matière de violences conjugales. Surtout, l'article 6 de la loi du 30 juillet 2020 modifie l'article 41-1 du Code de procédure pénale dont le 5° dispose désormais qu'« en cas de violences au sein du couple relevant de l'article 132-80 du Code pénal, il ne peut pas être procédé à une mission de médiation ». Ces nouvelles dispositions viennent se substituer à celles qui encadraient déjà le recours à la médiation pénale. Celles-ci prévoyaient que la médiation pénale ne pouvait être mise en œuvre que si la victime en avait fait expressément la demande, un rappel à la loi devant alors intervenir à l'égard de l'auteur des violences. En outre, en présence de nouvelles violences commises après la médiation, le recours à une nouvelle mesure de médiation était prohibé.

L'exclusion systématique de la médiation pénale en matière de violences conjugales, prévue par la loi du 30 juillet 2020, trouve son origine dans une prise en compte des phénomènes d'emprise qui a conduit le législateur à considérer que l'ancienne exigence tenant à une demande de la victime n'apportait pas une garantie suffisante, la victime pouvant solliciter le recours à la médiation sous la pression du conjoint violent.

C. Les dispositions relatives à l'information judiciaire

7. – Extension du champ d'application du fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes. La loi du 30 juillet 2020 étend, dans son article 21, le champ d'application du fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes et donc celui des obligations faites aux personnes inscrites dans ce fichier (articles 706-53-1 et suivants du Code de procédure pénale). En effet, auparavant, une personne mise en examen du chef de l'une des infractions prévues par l'article 706-47 du Code de procédure pénale,

concernant la procédure applicable aux infractions de nature sexuelle et la protection des mineurs victimes, n'était inscrite audit fichier que, d'une part, lorsqu'un placement sous contrôle judiciaire ou sous assignation à résidence avec surveillance électronique avait été décidé et, d'autre part, lorsque le juge d'instruction avait ordonné une telle inscription. Désormais, l'inscription intervient lorsque le juge d'instruction l'ordonne, sans qu'il soit nécessaire qu'ait été décidé un placement sous contrôle judiciaire ou sous assignation à résidence avec surveillance électronique. En outre, « *en matière criminelle, l'inscription dans le fichier est de droit, sauf décision motivée du juge d'instruction* » (article 706-53-2, 5°, du Code de procédure pénale).

8. – Suspension du droit de visite et d'hébergement dans le cadre du contrôle judiciaire. Surtout, l'article 4 de la loi du 30 juillet 2020 modifie les dispositions de l'article 138 du Code de procédure pénale, relatif au contrôle judiciaire décidé dans le cadre de l'information judiciaire, afin de remédier au fait que le juge pénal ne disposait pas de la compétence pour se prononcer sur la suspension du droit de visite et d'hébergement de l'enfant, ou des enfants, issu(s) d'un couple au sein duquel des violences conjugales sont alléguées. Jusque-là, l'autorité de poursuite pouvait seulement communiquer le dossier au juge aux affaires familiales afin qu'il statue sur l'exercice de l'autorité parentale. Pourtant, dans les dossiers de violences conjugales, le moment où les enfants doivent être remis à l'autre parent peut constituer un épisode de tensions susceptible d'aboutir à de nouvelles violences.

C'est pourquoi, il est désormais prévu que, lorsqu'est prononcée l'interdiction de recevoir ou de rencontrer certaines personnes spécialement désignées ainsi que d'entrer en relation avec elles (article 138, 9°, du Code de procédure pénale), l'obligation de résider hors du domicile conjugal et l'interdiction d'y paraître (article 138, 17°, du Code de procédure pénale) ou l'interdiction de se rapprocher d'une victime de violences commises au sein du couple et contrôlée par un dispositif électronique mobile anti-rapprochement (article 138, 17°bis, du Code de procédure pénale), « *le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention se prononce, par une décision motivée,*

sur la suspension du droit de visite et d'hébergement de l'enfant mineur dont la personne mise en examen est titulaire » (article 138, 17°, du Code de procédure pénale). Il convient de souligner que ces dispositions ont aussi vocation à s'appliquer dans la phase décisive de la procédure pénale lorsque le tribunal correctionnel est saisi selon l'un des modes de saisine permettant le recours à des mesures de sûreté (comparution par procès-verbal, comparution immédiate et comparution à délai différé).

Ce dispositif vient compléter celui mis en place par la loi **n° 2019-1480 du 28 décembre 2019, visant à agir contre les violences au sein de la famille**, consistant à suspendre de plein droit l'exercice de l'autorité parentale et tout droit de visite et d'hébergement dès le stade des poursuites en cas de crime commis par un parent sur l'autre parent. Ainsi, conformément aux dispositions de l'article 378-2 du Code civil, « *l'exercice de l'autorité parentale et les droits de visite et d'hébergement du parent poursuivi ou condamné, même non définitivement, pour un crime commis sur la personne de l'autre parent sont suspendus de plein droit jusqu'à la décision du juge et pour une durée maximale de six mois, à charge pour le procureur de la République de saisir le juge aux affaires familiales dans un délai de huit jours* ».

Il convient, par ailleurs, de rappeler qu'au stade du jugement, cette même loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019 permet au **juge pénal de prononcer, alternativement au retrait partiel ou total de l'autorité parentale, le retrait de l'exercice de l'autorité parentale**. Deux cas de figure doivent alors être distingués lorsqu'une condamnation est prononcée à l'encontre d'un parent pour violences au sein de la famille :

- la juridiction pénale a l'**obligation** de statuer sur le retrait total ou partiel de l'autorité parentale, ou de l'exercice de celle-ci, en cas de condamnation d'un parent pour les crimes et délits volontairement attentatoires à la vie de la personne humaine, à l'intégrité de la personne humaine, de nature sexuelle ou de harcèlement moral sur la personne de l'autre parent ou de l'enfant (articles 221-5-5, 222-48-2, 222-31-

2, 227-27-3 et 421-2-4-1 du Code pénal) ;

- la juridiction pénale a la faculté de se prononcer sur le retrait de l'autorité parentale, ou de son exercice, en cas de condamnation pénale d'un parent sur l'autre parent ou l'enfant pour les autres crimes ou délits existants.

Notons que, le **retrait de l'exercice de l'autorité parentale, qui porte sur l'ensemble des mesures concernant l'enfant, en ce compris la fixation de sa résidence habituelle, doit avoir pour conséquence logique le retrait du droit de visite et d'hébergement**, sauf décision contraire du juge, **sans pour autant affecter les obligations de contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ou des enfants pesant sur tout parent.**

II. – Les dispositions de droit pénal de fond

9. – Les dispositions de la loi du 30 juillet 2020, relatives au droit pénal de fond, impactent la définition (A) et la sanction (B) des comportements prohibés.

A. La définition des comportements prohibés

10. – Pour ce qui concerne la définition des comportements prohibés, la loi du 30 juillet 2020 contient des dispositions relatives à la répression de l'instigation de certaines infractions (1), la protection de la vie privée (2) et la protection des mineurs (3).

1. La répression de l'instigation de certaines infractions

11. – L'article 24 de la loi du 30 juillet 2020 a pour objectif de renforcer l'arsenal répressif applicable au fait de commanditer la commission d'une infraction, notamment lorsque le commanditaire agit depuis la France en vue de la commission d'une infraction à l'étranger. En la matière, il convient de distinguer selon que l'infraction projetée a été, ou non, commise ou tentée.

12. – **Infraction projetée ni commise ni tentée.** Le législateur a modifié les dispositions de

l'article 221-5-1 du Code pénal, relatif au « *mandat criminel* », qui punit de dix ans d'emprisonnement et de 150.000 euros d'amende le fait de faire à une personne des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques afin qu'elle commette un assassinat ou un empoisonnement, lorsque ce crime n'a été ni commis ni tenté. Désormais, ce texte dispose que le délit est caractérisé y compris dans l'hypothèse où **l'assassinat ou l'empoisonnement devait (ou doit) être commis à l'étranger.**

Par ailleurs, ont été insérés dans le Code pénal trois nouveaux articles dont l'objectif est d'étendre le mécanisme du « *mandat criminel* » afin de **sanctionner les mêmes faits lorsqu'ils visent à obtenir que soient commis, y compris en dehors du territoire national, des actes de torture et de barbarie** (article 222-6-4 du Code pénal), un **viol** (article 222-26-1 du Code pénal) ou une **agression sexuelle** (article 222-30-2 du Code pénal). Les peines principales encourues pour les faits relatifs à l'exécution d'actes de torture et de barbarie ou de viol sont de dix ans d'emprisonnement et de 150.000 euros d'amende. Celles encourues pour les faits relatifs à l'exécution d'une agression sexuelle sont de cinq ans d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende et, si l'agression devait être commise sur un mineur, de sept ans d'emprisonnement et de 100.000 euros d'amende.

Ces nouvelles incriminations, en ce qu'elles englobent les « *mandats* » de viol et d'agression sexuelle à l'encontre d'un mineur, posent difficulté puisque ces comportements sont déjà sanctionnés par l'article 227-28-3 du Code pénal aux termes duquel « *le fait de faire à une personne des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques afin qu'elle commette à l'encontre d'un mineur l'un des crimes ou délits visés aux articles 222-22 à 222-31 [...] est puni, lorsque cette infraction n'a été ni commise ni tentée, de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende si cette infraction constitue un délit, et de sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende si elle constitue un crime* ». Ainsi, par exemple, le « *mandat* » de viol sur un mineur est principalement puni, tantôt de dix ans d'emprisonnement et de 150.000 euros d'amende (article 222-26-1 du Code pénal), tantôt de sept ans d'emprisonnement et de

100.000 euros d'amende (article 227-28-3 du Code pénal).

13. – Infraction projetée commise ou tentée. Lorsque l'infraction projetée a été commise ou tentée, celui qui, par aide ou assistance, par provocation ou par fourniture d'instructions, a participé à la réalisation de cette infraction peut être poursuivi en tant que **complice**, en application des dispositions de l'article 121-7 du Code pénal. Toutefois, lorsque le crime ou le délit projeté a été commis ou tenté à l'étranger, l'article 113-5 du Code pénal prévoit que la loi pénale française est applicable au complice, en France, de cette infraction, « *si le crime ou le délit est puni à la fois par la loi française et par la loi étrangère et s'il a été constaté par une décision définitive de la juridiction étrangère* ».

Afin de renforcer l'arsenal répressif en la matière, la loi du 30 juillet 2020 a inséré dans l'article 113-5 du Code pénal un alinéa second aux termes duquel la loi pénale française est « *applicable aux actes de complicité prévus au second alinéa de l'article 121-7 commis sur le territoire de la République et concernant, lorsqu'ils sont commis à l'étranger, les crimes prévus au livre II* ». Cette disposition souffre d'une rédaction maladroite. Elle pourrait, en effet, signifier, en premier lieu, que tout acte de complicité par provocation ou par fourniture d'instructions, accompli sur le territoire de la République, d'une infraction commise à l'étranger relève désormais de la loi pénale française sans que doivent être vérifiées les conditions prévues par l'alinéa 1^{er} de l'article 113-5 du Code pénal. Elle pourrait également signifier, en second lieu, que tout acte de complicité par provocation ou par fourniture d'instructions, accompli à l'étranger, d'un crime contre les personnes commis en France, relève de la loi pénale française. Toutefois, cette lecture du texte serait contreproductive puisqu'elle reviendrait à limiter la compétence de la loi pénale et des tribunaux répressifs français alors qu'il est traditionnellement admis que l'acte de complicité à l'étranger d'une infraction principale – crime ou délit – commise en France relève de cette compétence (voir, notamment : Cass. crim., 30 octobre 2013, n° 12-83.995 et 29 novembre 2016, n° 15-86.712). Elle ne semble donc pas correspondre à l'intention du législateur. Ainsi,

pour les faits de complicité par provocation ou par fourniture d'instructions – mais, non pour les faits de complicité par aide ou assistance –, la loi pénale française est désormais applicable, sans que soit exigée la satisfaction des conditions de doubles incriminations et de décision définitive de la juridiction étrangère, **lorsque ces faits de complicité, commis sur le territoire de la République, concernent un crime contre la personne commis ou tenté à l'étranger.**

L'objectif de ces dispositions est de renforcer la répression à l'encontre d'une pratique observée sur internet consistant, pour des Français établis sur le territoire national, à obtenir des vidéos, en direct ou en différé, de crimes, notamment d'abus sexuels, commis à l'étranger.

2. La protection de la vie privée

14. – Interdiction de la géolocalisation d'une personne à son insu. Nous savons que l'article 226-1 du Code pénal incrimine le fait de porter atteinte volontairement, au moyen d'un procédé quelconque, à l'intimité de la vie privée d'autrui « *en captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel* » ou « *en fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé* ». L'article 17 de la loi du 30 juillet 2020 étend le champ d'application de ces dispositions au fait de capter, enregistrer ou transmettre, « *par quelque moyen que ce soit, la localisation en temps réel ou en différé d'une personne sans le consentement de celle-ci* ».

Par ailleurs, l'article 226-1 du Code pénal prévoit désormais que, lorsque la captation des paroles, de l'image ou la géolocalisation concerne un mineur, le consentement, exclusif de responsabilité pénale, doit être donné par les « *titulaires de l'autorité parentale* ». Cette précision permet d'apporter une réponse à la situation du parent qui installe un logiciel espion sur le téléphone portable de son enfant mineur, au motif de surveiller ses déplacements et ses fréquentations, de manière à exercer ainsi indirectement un contrôle sur la vie privée de l'autre parent. Avec la modification législative, le parent victime est protégé puisqu'il peut s'opposer à la géolocalisation de son enfant, le

délit étant, par ailleurs, caractérisé en présence du consentement d'un seul des deux parents. En outre, la loi du 30 juillet 2020 a prévu que la présomption de consentement, prévue à l'article 226-1 du Code pénal, lorsque les faits ont été accomplis au vu et au su des intéressés, ne s'applique pas à l'infraction de géolocalisation, cette présomption ne pouvant s'appliquer à l'installation d'un logiciel-espion, par nature difficilement repérable par la victime.

15. – Exclusion de l'immunité familiale concernant l'infraction portant sur un moyen de télécommunication. Aux termes des dispositions de l'article 311-12 du Code pénal, ne peut donner lieu à des poursuites pénales le vol commis par une personne au préjudice, notamment, « *de son conjoint, sauf lorsque les époux sont séparés de corps ou autorisés à résider séparément* ». Cette immunité familiale, destinée à préserver la paix des familles en évitant de rendre publiques de telles affaires, concerne également les infractions d'extorsion, de chantage, d'escroquerie et d'abus de confiance. Pour autant, la loi n°2006-399 du 4 avril 2006, renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, a introduit une exception à cette immunité en prévoyant qu'elle ne s'applique pas lorsque le vol porte sur des objets ou des documents indispensables à la vie quotidienne de la victime, tels que des documents d'identité, un titre de séjour pour un étranger ou un moyen de paiement.

L'article 10 de la loi du 30 juillet 2020 complète la liste de cette exception à l'immunité familiale en ajoutant la référence au vol d'un moyen « *de télécommunication* ». L'objectif poursuivi par le législateur est clair : il s'agit d'exclure de l'immunité les faits relatifs aux *smartphones* qui permettent à leur détenteur de réaliser de nombreux actes nécessaires à la vie de tous les jours. En effet, les moyens modernes de communication sont devenus des accessoires indispensables à la vie quotidienne, mais aussi le réceptacle de données personnelles dont l'appropriation par le conjoint peut constituer un moyen de pression ainsi qu'une intrusion dans l'intimité de l'autre conjoint. Ainsi, désormais, celui qui vole le téléphone portable de son conjoint s'expose à une condamnation pénale. Il est vrai que la référence faite par l'article 311-12 du Code pénal aux objets « *indispensables à la vie*

quotidienne de la victime » aurait pu être jugée suffisante pour couvrir cette hypothèse. Néanmoins, cette disposition apporte une clarification utile, de nature à éviter des interrogations sur la portée de cette formulation.

16. – Nouvelle hypothèse de levée du secret médical. Conformément aux dispositions de l'article 226-13 du Code pénal, le professionnel de santé qui s'affranchit du secret médical s'expose aux peines principales d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende. Les professionnels de santé sont, en effet, soumis à une obligation de secret professionnel qui est essentielle à la relation de confiance qui doit se nouer entre le soignant et le patient, cette relation constituant bien souvent une intrusion dans l'intimité de ce dernier. Pour autant, le secret médical connaît des nuances. Ainsi, l'article 226-14 du Code pénal autorise, dans son 2°, les professionnels de santé à porter à la connaissance du procureur de la République les sévices ou privations qu'ils ont constatés, sur le plan physique ou psychique, dans l'exercice de leur profession et qui leur permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises. Cette information auprès du ministère public doit être faite **avec l'accord de la victime**, sauf lorsqu'elle est mineure ou si elle n'est pas en mesure de se protéger, en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique.

L'article 12 de la loi du 30 juillet 2020 insère une nouvelle exception au principe de respect du secret médical. Ainsi, le 3° de l'article 226-14 du Code pénal dispose désormais que le délit de violation du secret professionnel n'est pas applicable « *au médecin ou à tout autre professionnel de santé qui porte à la connaissance du procureur de la République une information relative à des violences exercées au sein du couple relevant de l'article 132-80 du présent Code, lorsqu'il estime en conscience que ces violences mettent la vie de la victime majeure en danger immédiat et que celle-ci n'est pas en mesure de se protéger en raison de la contrainte morale résultant de l'emprise exercée par l'auteur des violences* ». Dans ce cas, « *le médecin ou le professionnel de santé doit s'efforcer d'obtenir l'accord de la victime majeure ; en cas d'impossibilité d'obtenir cet accord, il doit*

l'informer du signalement fait au procureur de la République ».

La transmission au parquet de l'information relative à des violences conjugales est donc soumise à deux conditions cumulatives : le professionnel de santé doit estimer « *en conscience* » que ces violences créent un danger immédiat pour la vie de la victime et la victime doit se trouver sous l'emprise de l'auteur des violences. Lorsque ces conditions sont réunies, le professionnel de santé peut procéder à un signalement, éventuellement sans l'accord de la victime, mais toujours après s'être efforcé d'obtenir cet accord. Ce dialogue préalable avec le patient peut, d'ailleurs, constituer une première démarche l'aidant à prendre conscience de l'emprise et du danger encouru. En l'absence d'accord du patient, le professionnel de santé peut passer outre et procéder à un signalement, tout en informant la victime. Comme le prévoit le dernier alinéa de l'article 226-14 du Code pénal, le signalement au procureur de la République ne peut engager la responsabilité civile, pénale ou disciplinaire de son auteur, sauf s'il est établi qu'il n'a pas agi de bonne foi. Le professionnel qui signale de bonne foi ne peut donc être condamné, même s'il apparaît qu'il a commis une erreur d'appréciation. Il s'agit là d'une garantie importante qui doit encourager les professionnels de santé à signaler, sans craindre d'éventuelles suites judiciaires ou disciplinaires.

Pour autant, **le dispositif mis en place par la loi du 30 juillet 2020 laisse aux professionnels de santé le soin d'apprécier, en conscience, si le signalement est opportun, au regard de leur évaluation du danger auquel est exposée la victime et à la lumière de l'échange qu'ils auront eu avec cette dernière.** Les nouvelles dispositions ne mettent donc pas à la charge des professionnels une obligation de signalement. En outre, ces dispositions limitent la possibilité de signaler, sans l'accord de la victime, aux cas d'urgence vitale immédiate. Ce champ d'application, finalement très restreint, conduit à s'interroger sur l'apport véritable de l'ajout opéré compte tenu des obligations qui incombent déjà aux professionnels de santé en application de l'article 223-6 du Code pénal qui incrimine, notamment, l'omission de porter secours. En réalité, ces nouvelles dispositions ont essentiellement une **visée pédagogique : elles clarifient** pour les professionnels de santé la

possibilité qui leur est faite de déroger au secret médical.

3. La protection des mineurs

17. – Conformément aux dispositions de l'article 227-24 du Code pénal, le fait de fabriquer, de transporter, de diffuser, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, un message à caractère violent, incitant au terrorisme, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger et le fait de commercialiser un tel message est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende, lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur. Ce délit fait donc peser une obligation sur les personnes qui fabriquent, transportent, diffusent ou commercialisent de tels messages : elles doivent veiller à ce qu'aucun mineur ne puisse y accéder, sans quoi leur responsabilité pénale peut être engagée. Afin de garantir l'effectivité de la protection des mineurs, l'article 22 de la loi du 30 juillet 2020 modifie l'article 227-24 du Code pénal en y ajoutant un alinéa aux termes duquel : « *les infractions prévues au présent article sont constituées y compris si l'accès d'un mineur aux messages mentionnés au premier alinéa résulte d'une simple déclaration de celui-ci indiquant qu'il est âgé d'au moins dix-huit ans* ».

Cette disposition tend à consacrer la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle le délit est constitué, non seulement lorsque l'auteur des faits a manqué de toute prudence (*Cass. crim., 12 octobre 2005, n° 05-80.713*), mais aussi dans l'hypothèse où les précautions prises sont manifestement insuffisantes, en particulier s'agissant d'une simple déclaration d'un âge supérieur à dix-huit ans (*Cass. crim., 23 février 2000, n° 99-83.928*). Elle ne crée **pas, pour autant, d'obligations précises à la charge des éditeurs qui restent libres du choix des moyens à mettre en œuvre** pour protéger les mineurs. *Malgré tout, ce texte ne devrait pas permettre de surmonter les difficultés pratiques liées au fait que les diffuseurs d'images sur internet sont, le plus souvent, des sites basés à l'étranger où la coopération judiciaire est faible, voire inexistante.* Notons, en outre, que l'article 23 de la loi du 30 juillet 2020

confie au Conseil supérieur de l'audiovisuel un pouvoir de contrôle pour ce qui concerne l'accès des mineurs aux sites pornographiques. Désormais, les sites qui ne prennent pas de mesures permettant de contrôler effectivement l'âge des personnes qui les visitent peuvent, d'abord, faire l'objet d'une mise en demeure. Puis, s'ils n'obtempèrent pas, l'accès au site peut être bloqué sur décision du président du tribunal judiciaire de Paris.

B. La sanction des comportements prohibés

18. – S'agissant de la sanction des comportements prohibés, la loi du 30 juillet 2020 compte des dispositions relatives, non seulement aux peines (1), mais aussi à d'autres mesures (2).

1. Les peines

19. – Peines principales encourues. La loi du 30 juillet 2020 aggrave les peines principales encourues pour plusieurs infractions. Ainsi, lorsque les faits « *sont commis par le conjoint ou le concubin de la victime ou par le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité* », sont désormais principalement encourues les peines suivantes :

- pour le délit d'usurpation d'identité, deux ans d'emprisonnement et 30.000 euros d'amende (article 226-4-1 du Code pénal ; article 19 de la loi) : en pratique, l'objectif est de sanctionner plus sévèrement, notamment, celui qui se connecte au compte de « *réseau social* » de son conjoint pour diffuser des messages ou des images qui vont nuire à la victime ;
- pour le délit d'atteinte à la vie privée, deux ans d'emprisonnement et 60.000 euros d'amende, (article 226-1 du Code pénal ; article 17 de la loi) ;
- pour le délit d'atteinte au secret des correspondances, également deux ans d'emprisonnement et 60.000 euros d'amende (article 226-15 du Code pénal ; article 18 de la loi) : en pratique, l'objectif est de lutter plus efficacement contre le « *cyber-*

contrôle dans le couple » qui consiste à surveiller l'activité de son conjoint ou de son ex-conjoint, souvent à son insu, en recourant à des logiciels-espions ;

- pour le délit d'appels téléphoniques malveillants réitérés, d'envois réitérés de messages malveillants émis par la voie des communications électroniques ou d'agressions sonores en vue de troubler la tranquillité d'autrui, trois ans d'emprisonnement et 45.000 euros d'amende (article 222-16 du Code pénal ; article 20 de la loi).

Il convient de rappeler, à ce propos, qu'en application de l'article 132-80 du Code pénal, la circonstance aggravante de commission d'une infraction par « *le conjoint, le concubin ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité* », lorsqu'elle est prévue par la loi ou le règlement, est applicable, « *y compris lorsqu'ils ne cohabitent pas* ». Elle est également applicable « *lorsque les faits sont commis par l'ancien conjoint, l'ancien concubin ou l'ancien partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité [...] en raison des relations ayant existé entre l'auteur des faits et la victime* ».

Par ailleurs, pour le délit de harcèlement moral au sein du couple, sont désormais principalement encourues les peines de dix ans d'emprisonnement et de 150.000 euros d'amende lorsque ledit harcèlement « *a conduit la victime à se suicider ou à tenter de se suicider* » (article 222-33-2-1 du Code pénal). Auparavant, les peines principales encourues étaient, au maximum, de cinq ans d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende, lorsque les faits avaient causé une incapacité totale de travail supérieure à huit jours. Notons que cette incrimination est **distincte du délit de provocation au suicide**, prévu à l'article 223-13 du Code pénal, qui suppose de véritables incitations au suicide ainsi qu'une intention de l'auteur de mener effectivement la victime au suicide. Dans les affaires de harcèlement, le suicide peut être une conséquence de la souffrance psychologique intense de la victime, sans être recherché en tant que tel. Pour autant, il est possible de s'interroger sur l'utilité d'une telle intervention législative dès lors qu'est applicable la qualification criminelle de violences mortelles (article 222-7 du Code

pénal), la jurisprudence et la loi admettant que les violences puissent être psychologiques (article 222-14-3 du Code pénal).

Enfin, l'article 21 de la loi du 30 juillet 2020 aggrave les peines principales encourues concernant la consultation habituelle, ou en contrepartie d'un paiement, d'un service de communication au public en ligne mettant à disposition une image ou représentation pédopornographique et l'acquisition ou la détention d'une telle image ou représentation. Pour ces faits sont désormais principalement encourues les peines de cinq ans d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende (article 227-23 du Code pénal). Le principal intérêt de cette aggravation est d'entraîner **l'inscription automatique** des personnes condamnées ou poursuivies pour ce délit au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (articles 706-53-1 et suivants du Code de procédure pénale). En application de l'article 706-53-2 du Code de procédure pénale, cette inscription est, en effet, automatique, sauf décision spécialement motivée de la juridiction ou du procureur de la République, pour les infractions visées à l'article 706-47 du même Code qui **sont punies d'une peine supérieure ou égale à cinq ans d'emprisonnement**. Rappelons que ce fichier recense l'identité et les informations domiciliaires des personnes condamnées ou poursuivies, qui doivent se présenter régulièrement au commissariat de police ou à la gendarmerie de leur domicile. Il peut, en outre, être interrogé par différents employeurs publics afin de vérifier que les personnes qu'elles envisagent de recruter, et qui seraient placées au contact de mineurs, n'y figurent pas (article 706-53-7 du Code de procédure pénale).

20. – Peines complémentaires prononcées.

Conformément aux dispositions de l'article 131-6 du Code pénal, la juridiction répressive peut prononcer, à la place de l'emprisonnement, une ou plusieurs des peines privatives ou restrictives de liberté limitativement énumérées par ce texte. L'article 131-9 du même Code dispose, quant à lui, que « *l'emprisonnement ne peut être prononcé cumulativement avec une des peines privatives ou restrictives de droits prévues à l'article 131-6* ». La loi du 30 juillet 2020 a, partiellement, modifié cette impossibilité de

cumul. Ainsi, l'article 16 de la loi complète les articles 131-6 et 131-9 du Code pénal pour permettre le cumul d'une peine d'emprisonnement et de certaines des peines restrictives de liberté, soit :

- l'interdiction de détenir ou de porter, pour une durée de cinq ans au plus, une arme soumise à autorisation (article 131-6, 6°, du Code pénal) ;
- la confiscation d'une ou de plusieurs armes dont le condamné est propriétaire ou dont il a la libre disposition (article 131-6, 7°, du Code pénal) ;
- la confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit (article 131-6, 10°, du Code pénal) ;
- l'interdiction, pour une durée de trois ans au plus, de paraître dans certains lieux ou catégories de lieux déterminés par la juridiction et dans lesquels l'infraction a été commise (article 131-6, 12°, du Code pénal) ;
- l'interdiction, pour une durée de trois ans au plus, de fréquenter certains condamnés spécialement désignés par la juridiction, notamment les auteurs ou complices de l'infraction (article 131-6, 13°, du Code pénal) ;
- l'interdiction, pour une durée de trois ans au plus, d'entrer en relation avec certaines personnes spécialement désignées par la juridiction, notamment la victime de l'infraction (article 131-6, 14°, du Code pénal).

21. – Peine de sursis probatoire. Enfin, l'article 16 de la loi du 30 juillet 2020 modifie l'article 132-43 du Code pénal, concernant le régime d'exécution du sursis probatoire. Il est désormais prévu que, lorsque le condamné est incarcéré, les mesures et obligations particulières prévues dans le cadre du sursis probatoire cessent de s'appliquer, « *à l'exception des interdictions de contact ou de paraître* » prévues

par l'article 132-45 du Code pénal. Cette modification se justifie afin que demeurent effectives ces interdictions lorsque le condamné incarcéré bénéficie, par exemple, d'une permission de sortir.

2. Autres mesures

22. – Extension de l'indignité successorale.

L'article 727 du Code civil a été modifié par la loi du 30 juillet 2020. Ce texte énonce les cas dans lesquels un tribunal judiciaire peut **prononcer l'indignité successorale à l'encontre d'un héritier légal** et le priver ainsi du bénéfice de la succession, à la demande d'un autre héritier légal ou du ministère public. Il ne doit pas être confondu avec l'article 726 du même Code qui concerne les hypothèses d'indignité successorale de plein droit. Auparavant, une personne qui avait été condamnée à une peine criminelle pour avoir commis des violences volontaires ou un viol envers son conjoint pouvait toujours hériter de celui-ci, si le couple était resté marié après les faits. L'indignité successorale ne pouvait, en effet, intervenir que **si les violences avaient entraîné la mort**.

C'est pourquoi l'article 8 de la loi du 30 juillet 2020 modifie l'article 727 du Code civil en y insérant un 2°bis concernant « *celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine criminelle ou correctionnelle pour avoir commis des tortures et actes de barbarie, des violences volontaires, un viol ou une agression sexuelle envers le défunt* ». Ce texte concerne, non seulement le conjoint de la victime, mais aussi **tout héritier légal**, ce qui permet également d'écarter de la succession un parent condamné pour ce type de faits envers son enfant. Ne sont, en revanche, pas concernés le concubin ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité qui ne sont pas des héritiers légaux. Un autre mécanisme peut alors être mis en œuvre, celui de la révocation pour cause d'ingratitude des donations ou des legs testamentaires, notamment en cas de « *séances, délits ou injures graves* », en application des dispositions combinées des articles 955 et 1046 du Code civil.

23. – Extension de la décharge de l'obligation alimentaire. Conformément aux dispositions des articles 205 et suivants du Code civil, « *les enfants doivent des aliments à leurs*

père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin », cette obligation étant réciproque et s'étendant aux beaux-parents, gendres et belles-filles pour les époux. En cas de litige, le créancier d'aliments peut saisir le juge aux affaires familiales d'une action en réclamation d'aliments et l'inexécution de l'obligation constitue alors une infraction pénale, le délit d'abandon de famille, punie de deux ans d'emprisonnement et 15.000 euros d'amende, dans les conditions prévues à l'article 227-3 du Code pénal.

L'article 207 du Code civil laisse déjà au juge la possibilité de décharger, en tout ou partie, le débiteur de sa dette d'alimentaire « *quand le créancier aura lui-même manqué gravement à ses obligations envers le débiteur* ». Toutefois, seuls les manquements envers le débiteur sont visés par la loi, ce qui n'est pas le cas, par exemple, lorsqu'une personne commet des violences à l'encontre de son conjoint. C'est pourquoi, l'article 7 de la loi du 30 juillet 2020 a ajouté un troisième alinéa à l'article 207 du Code civil aux termes duquel, « *en cas de condamnation du créancier pour un crime commis sur la personne du débiteur ou l'un de ses ascendants, descendants, frères ou sœurs, le débiteur est déchargé de son obligation alimentaire à l'égard du créancier, sauf décision contraire du juge* ». Cette décharge ne concerne donc que les infractions criminelles et confie au juge un pouvoir de contrôle, afin de satisfaire les principes de nécessité et de proportionnalité.

Pour autant, demeurent applicables les dispositions de l'article 379 du Code civil selon lesquelles le retrait total de l'autorité parentale « *emporte, pour l'enfant, dispense de l'obligation alimentaire, par dérogation aux articles 205 à 207, sauf disposition contraire dans le jugement de retrait* », ce qui peut concerner la matière correctionnelle. À ce propos, d'ailleurs, l'article 4 de la loi du 30 juillet 2020 a modifié l'article 378 du Code civil dont les dispositions prévoyaient, jusque-là, que « *peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale ou l'exercice de l'autorité parentale par une décision expresse du jugement pénal les père et mère qui sont condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis par leur enfant, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime sur la personne de l'autre*

parent ». Désormais, le retrait total de l'autorité parentale peut être prononcé par la juridiction pénale également en cas de délit commis par le père ou la mère sur la personne de l'autre parent, de sorte qu'indirectement le champ de la décharge de l'obligation alimentaire prévue par l'article 379 du Code civil a été étendu.

L'actualité

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 29 septembre 2020, n° 20-82.654 : la prolongation de la détention provisoire dans le cadre de l'épidémie de covid-19 n'est pas nécessairement automatique

En l'espèce, dans le cadre d'une information judiciaire ouverte en matière criminelle, un mis en examen avait été placé en détention provisoire, le 18 avril 2018. Saisi par ordonnance du juge d'instruction en date du 12 mars 2020, le juge des libertés et de la détention, après débat contradictoire, a ordonné, le 31 mars 2020, la prolongation de la détention provisoire de l'intéressé pour une durée de six mois, par une décision motivée en droit et en fait. L'intéressé a interjeté appel de cette ordonnance.

La Chambre de l'instruction souligne, tout d'abord, que, aux termes des articles 15 et 16 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020, portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, les détentions provisoires, en cours à la date de publication de ce texte et jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire déclaré voire prorogé, sont de plein droit prolongées de six mois en matière criminelle. Elle ajoute que, si ces mesures sont dérogoratoires au droit commun, elles apparaissent proportionnées à la situation sanitaire du pays. La Chambre de l'instruction affirme, ensuite, qu'il n'a pas été prévu de laisser au juge la faculté de statuer en application de l'article 145 du Code de procédure pénale, les prolongations prévues par l'article 16 de l'ordonnance étant de plein droit, c'est à dire automatiques. Elle en déduit que le juge des libertés et de la détention, d'une part, ne pouvait ainsi maintenir le débat dès lors que sa saisine

était devenue sans objet et, d'autre part, ne pouvait statuer sur la détention de la personne mise en examen sans excéder l'étendue de ses pouvoirs. Elle conclut, enfin, en considérant qu'il y a lieu d'infirmier la décision du juge des libertés et de la détention et de constater que la détention provisoire du mis en examen a été prolongée de plein droit de six mois à compter du 18 avril 2020.

Dans son arrêt du 29 septembre 2020, la Chambre criminelle affirme qu'il se déduit de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales que, lorsque la loi prévoit, au-delà de la durée initiale qu'elle détermine pour chaque titre concerné, la prolongation d'une mesure de détention provisoire, l'intervention du juge judiciaire est nécessaire comme garantie contre l'arbitraire. À la lumière de ce principe, elle considère que l'article 16 de l'ordonnance précitée, qui contient des règles dérogoratoires, ne saurait s'interpréter comme faisant obstacle à l'exercice de ses compétences par le juge des libertés et de la détention dans des conditions conformes aux textes du Code de procédure pénale. Dès lors, saisie de la question de la prolongation de la détention provisoire, il appartenait à la Chambre de l'instruction de se prononcer sur la nécessité du maintien en détention provisoire du mis en examen, de sorte que la cassation est encourue.

Pour autant, la Haute juridiction judiciaire rappelle que, selon sa jurisprudence, la prolongation sans intervention judiciaire du titre de détention venant à expiration, prévue à l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020, est régulière si la juridiction qui aurait été compétente pour prolonger la détention rend, en matière criminelle, dans les trois mois de la date d'expiration du titre ayant été prolongé de plein droit, une décision par laquelle elle se prononce sur le bien-fondé du maintien en détention (Cass. crim., 26 mai 2020, n° 20-81.910). Ce contrôle judiciaire a eu lieu lorsque, dans ce délai, en première instance ou en appel, la juridiction compétente, saisie de la question de la prolongation de plein droit de la détention

provisoire, a statué sur la nécessité de cette mesure. Or, en l'espèce, il apparaît que le juge des libertés et de la détention s'est prononcé sur le bien-fondé du maintien en détention provisoire du mis en examen, de sorte que ce dernier ne saurait être considéré comme détenu sans titre. Néanmoins afin de garantir l'effectivité du droit d'appel de l'intéressé, la Cour de cassation estime qu'il convient d'ordonner le renvoi de l'affaire devant une autre Chambre de l'instruction.

Cet arrêt vient en écho d'un précédent aux termes duquel la Chambre criminelle avait affirmé que, nonobstant la possibilité de prolonger la détention de l'intéressé en application de l'ordonnance précitée, en cas d'impossibilité de statuer du juge des libertés et de la détention due au covid-19, il ne saurait être fait grief à ce dernier d'avoir statué sur une prolongation de la détention qui lui était soumise, s'il en avait la possibilité dans les conditions de droit commun (Cass. crim., 1^{er} septembre 2020, n° 20-82.146).

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 29 septembre 2020, n° 20-80.915 : le retard dans l'information du magistrat concernant la mise en œuvre urgente d'une géolocalisation dynamique doit être justifié au regard de circonstances insurmontables

En l'espèce, dans le cadre d'une information judiciaire, les enquêteurs ont procédé, le 28 février 2019 à 3 heures 20, à la pose d'un dispositif de géolocalisation dans un véhicule. Ils en ont avisé le juge d'instruction le même jour, à 9 heures 30. Par la suite, le véhicule en cause a fait l'objet d'une mesure de sonorisation dont les résultats ont conduit à l'interpellation d'un suspect, le 8 avril 2019, et à sa mise en examen, le 10 avril 2019. L'intéressé a, par la suite, demandé l'annulation de la mesure de géolocalisation ainsi que, par voie de conséquence, de nombreuses autres pièces de procédure.

La Chambre de l'instruction rejette la requête en nullité qui soutenait que l'officier de police judiciaire aurait dû informer immédiatement le juge d'instruction de la pose d'un dispositif de géolocalisation, dès 3 heures 20 et en tout cas sans attendre 9 heures 30. Pour ce faire, elle relève, notamment, qu'il a été satisfait à l'obligation d'information immédiate du juge d'instruction, le laps de temps entre 3 heures 20 et 9 heures 30 n'ayant emporté aucune atteinte à l'exigence, découlant de l'article 230-35 du Code de procédure pénale et de l'article 8, § 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, de contrôle de la mesure par l'autorité judiciaire, laquelle a pu y procéder utilement dès le début de la journée.

Dans son arrêt du 29 septembre 2020, la Chambre criminelle censure le raisonnement des juges du fond. Elle affirme qu'il résulte de l'article 230-35 du Code de procédure pénale qu'en cas d'urgence résultant d'un risque imminent de dépérissement des preuves ou d'atteinte grave aux personnes ou aux biens, et dans les cas mentionnés aux articles 230-33 et 230-34 du même Code, un officier de police judiciaire peut prescrire ou mettre en place les opérations de localisation en temps réel, par tout moyen technique, d'un véhicule sans le consentement de son propriétaire ou possesseur, à la condition qu'il en informe immédiatement, par tout moyen, le procureur de la République ou le juge d'instruction. Il s'en déduit que l'information du procureur de la République ou du juge d'instruction, selon le cas, doit intervenir dès la mise en place effective de la mesure de géolocalisation. Or, en l'espèce, il ne résulte d'aucun élément du dossier des circonstances insurmontables ayant empêché que cette information soit donnée selon les exigences légales, de sorte que la cassation est encourue.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 29 septembre 2020, n° 20-82.509 : sanction de la disqualification des faits ayant pour effet de priver le suspect de l'une des garanties conférées au gardé à vue

En l'espèce, à la suite du contrôle de cinq plaintes suspectes, dont l'une déposée par un officier de police, une enquête préliminaire a été ouverte du chef de faux en écriture publique par personne dépositaire de l'autorité publique. À l'issue de celle-ci, le procureur de la République a ouvert une information judiciaire contre personne non dénommée des chefs de faux en écriture publique, escroqueries et complicité d'escroqueries. Sur commission rogatoire, deux suspects ont été placés en garde à vue, dont l'officier de police, des chefs délictuels, pour l'un, de faux en écriture publique, escroqueries et complicité et, pour l'autre, d'escroqueries et complicité, complicité de faux en écriture publique. À l'issue de cette garde à vue, les deux suspects ont été mis en examen, l'un du chef criminel de faux en écriture publique par dépositaire de l'autorité publique et des chefs délictuels d'escroqueries et complicité d'escroqueries, l'autre du chef criminel de complicité de faux en écriture publique par dépositaire de l'autorité publique ainsi que des chefs d'escroqueries et complicité. Les deux mis en examen ont alors formé une requête en nullité aux fins de voir annuler les procès-verbaux de leur garde à vue et des actes de procédure subséquents.

La Chambre de l'instruction écarte le moyen de nullité des deux requérants, pris de ce que seule la qualification délictuelle de faux en écriture publique leur a été notifiée lors de leur garde à vue, au motif que, s'il ressort de certaines pièces de la procédure que le ministère public a pu envisager de retenir une qualification criminelle, il résulte des réquisitoires introductif et supplétifs qu'il a finalement opté, en opportunité, pour une qualification délictuelle. Elle ajoute que les faits pour lesquels les suspects ont été placés en garde à vue étant de nature

délictuelle, les auditions des intéressés ne devaient pas faire l'objet d'un enregistrement audiovisuel en application des dispositions de l'article 64-1 du Code de procédure pénale. Elle relève, enfin, que le juge d'instruction a, au stade de la mise en examen des mis en cause, restitué aux faits dont il était saisi la qualification criminelle qu'il estimait être la plus juste juridiquement.

Dans son arrêt du 29 septembre 2020, la Chambre criminelle casse cet arrêt en rappelant qu'il résulte de l'article 63-1 du Code de procédure pénale que « *la personne placée en garde à vue est immédiatement informée de la qualification de l'infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre* ». Or, il apparaît que, dès le début de la garde à vue, la circonstance aggravante tenant à la qualité de personne dépositaire de l'autorité publique, agissant dans l'exercice de ses fonctions, était établie. En conséquence, le juge d'instruction, sous le contrôle duquel était placée la mesure de garde à vue et qui a mis en examen les intéressés du chef criminel de faux en écriture publique par personne dépositaire de l'autorité publique et complicité, devait, conformément aux dispositions combinées des articles 154 et 63 du Code de procédure pénale, veiller à ce qu'il leur soit notifiée cette qualification criminelle par l'officier de police judiciaire. Selon la Haute juridiction judiciaire, le défaut de notification de cette qualification criminelle a nécessairement porté atteinte aux intérêts des personnes concernées dès lors que leurs auditions n'ont pas été enregistrées, comme elles auraient dû l'être en application de l'article 64-1 du Code de procédure pénale. La cassation est donc encourue.

Cet arrêt illustre une forme de déloyauté procédurale consistant à contourner une règle protectrice des droits de la défense au moyen d'une disqualification des faits objets des investigations. La méconnaissance tant de l'exigence de loyauté que des droits de la défense justifie pleinement la cassation finalement prononcée.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2020-858/859 du 2 octobre 2020 : inconstitutionnalité de l'absence de recours judiciaire permettant de mettre un terme aux atteintes à la dignité résultant des conditions de détention provisoire

Par deux arrêts du 8 juillet 2020, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité rédigée en ces termes : « *Les dispositions des articles 137-3, 144 et 144-1 du code de procédure pénale, en ce qu'elles ne prévoient pas, contrairement à la recommandation faite par la Cour européenne des droits de l'homme à la France dans son arrêt du 30 janvier 2020, que le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention puisse, de manière effective, redresser la situation dont sont victimes les détenus dont les conditions d'incarcération constituent un traitement inhumain et dégradant afin d'empêcher la continuation de la violation alléguée devant lui, portent-elles atteinte au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, au principe constitutionnel nouveau qui en découle d'interdiction des traitements inhumains et dégradants ainsi qu'à la liberté individuelle, le droit au respect de la vie privée, le droit au recours effectif ?* » (Cass. crim., 8 juillet 2020, n° 20-81.731 et 20-81.739). Selon les requérants, faute d'imposer au juge judiciaire de faire cesser des conditions de détention provisoire contraires à la dignité de la personne humaine, le législateur aurait méconnu l'étendue de sa compétence dans une mesure affectant le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, celui de prohibition des traitements inhumains et dégradants, la liberté individuelle, le droit à un recours juridictionnel effectif et le droit au respect de la vie privée.

Dans sa décision du 2 octobre 2020, le Conseil constitutionnel affirme qu'il se déduit du Préambule de la Constitution de 1946, dont il résulte que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme

d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle, et des articles 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, qui impliquent qu'« *il ne doit pas être porté d'atteinte substantielle au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* », qu'il appartient aux autorités judiciaires ainsi qu'aux autorités administratives de veiller à ce que la privation de liberté des personnes placées en détention provisoire soit, en toutes circonstances, mise en œuvre dans le respect de la dignité de la personne. Il appartient, en outre, aux autorités et juridictions compétentes de prévenir et de réprimer les agissements portant atteinte à la dignité de la personne placée en détention provisoire et d'ordonner la réparation des préjudices subis. Enfin, il incombe au législateur de garantir aux personnes placées en détention provisoire la possibilité de saisir le juge de conditions de détention contraires à la dignité de la personne humaine, afin qu'il y soit mis fin.

Or, le Conseil souligne que, si une personne placée en détention provisoire et exposée à des conditions de détention contraires à la dignité de la personne humaine peut saisir le juge administratif en référé, les mesures que ce juge est susceptible de prononcer dans ce cadre, qui peuvent dépendre de la possibilité pour l'administration de les mettre en œuvre utilement et à très bref délai, ne garantissent pas, en toutes circonstances, qu'il soit mis fin à la détention indigne. Par ailleurs, si, en vertu de l'article 148 du Code de procédure pénale, la personne placée en détention provisoire peut à tout moment former une demande de mise en liberté, le juge n'est tenu d'y donner suite que dans les cas prévus au second alinéa de l'article 144-1 du même Code, c'est-à-dire lorsque la détention provisoire excède une durée raisonnable, au regard de la gravité des faits reprochés et de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité, ou lorsque cette détention n'est plus justifiée par l'une des causes énumérées à l'article 144 du même Code qui relèvent toutes des exigences propres à la sauvegarde de l'ordre public ou à la recherche des auteurs d'infractions. En outre, si l'article 147-1 du Code de procédure pénale autorise le juge à ordonner la mise en liberté d'une personne placée en détention provisoire, ce n'est que dans la situation où une expertise

médicale établit que cette personne est atteinte d'une pathologie engageant le pronostic vital ou que son état de santé physique ou mentale est incompatible avec le maintien en détention.

Selon le Conseil, il se déduit de l'ensemble de ces éléments qu'il n'existe aucun recours devant le juge judiciaire permettant au justiciable d'obtenir qu'il soit mis fin aux atteintes à sa dignité résultant des conditions de sa détention provisoire. Par conséquent, et indépendamment des actions en responsabilité susceptibles d'être engagées à raison de conditions de détention indignes, les dispositions contestées méconnaissent les exigences constitutionnelles précitées. Pour autant, faisant application des dispositions de l'article 62 de la Constitution, qui leur permettent, notamment, de moduler dans le temps les effets de leurs décisions, les Sages décident de reporter au 1^{er} mars 2021 la date de l'abrogation des dispositions déclarées contraires à la Constitution, en considérant qu'une abrogation immédiate ferait obstacle à la remise en liberté des personnes placées en détention provisoire lorsque cette détention n'est plus justifiée ou excède un délai raisonnable.

La décision du Conseil constitutionnel du 2 octobre 2020 se situe dans le prolongement de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 30 janvier 2020 ayant constaté, à l'encontre de la France, des violations des articles 3 et 13 de la Convention sur le fondement de conditions de détention contraires à la dignité humaine et de l'absence de recours efficace pour y mettre un terme. Sur le fondement de l'article 46 de la Convention, la Cour de Strasbourg a également émis diverses recommandations, l'État français devant adopter des mesures générales aux fins de garantir aux détenus des conditions de détention conformes à l'article 3 de la Convention et d'établir un recours préventif et effectif, combiné avec le recours indemnitaire, permettant de redresser la situation dont les détenus sont victimes et d'empêcher la continuation d'une violation alléguée (CEDH, 30 janvier 2020, *J.M.B. et autres c/ France*, n° 9671/12 et autres).

À la suite de cet arrêt de la Cour européenne, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans l'une des affaires ayant donné lieu aux arrêts de transmission de la question

prioritaire de constitutionnalité objet de la présente décision du Conseil constitutionnel, a procédé à un infléchissement sérieux de sa jurisprudence antérieure puisque, dorénavant, des conditions indignes de détention sont susceptibles de constituer un obstacle à la poursuite de cette détention (Cass. crim., 8 juillet 2020, n° 20-81.739). Au regard de la portée de cette jurisprudence européenne, il peut être raisonnablement considéré que la présente décision du Conseil constitutionnel, qui concerne la détention provisoire, a vocation à s'étendre à l'exécution d'une peine privative de liberté.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 13 octobre 2020, n° 20-82.016 : l'afflux massif de demandes de mise en liberté, intervenu lors du mouvement de protestation des avocats contre la réforme de leur régime de retraite, ne constitue pas une circonstance insurmontable

En l'espèce, une personne ayant fait l'objet d'un arrêt de mise en accusation du 21 octobre 2019 a saisi la Chambre de l'instruction, le 30 janvier 2020, d'une demande de mise en liberté en application des dispositions des articles 148-1 et 148-2 du Code de procédure pénale.

Par arrêt du 3 mars 2020, la Chambre de l'instruction a rejeté sa demande en retenant que le délai d'examen de la demande – de vingt jours – n'a pu être respecté en raison d'un cas de force majeure. Les juges du fond ont, en effet, souligné que l'afflux soudain, dans des proportions importantes, de recours sur des demandes formées en première instance ou de saisines directes relevant du contentieux de la détention, accru par des demandes de mainlevée de contrôle judiciaire, a présenté un caractère imprévisible. Ils ont ajouté que les courriers officiels du bâtonnier du barreau de Paris, successivement adressés aux chefs de juridiction depuis le 8 janvier 2020, au gré des reconductions de la mobilisation de la profession d'avocat contre le projet de réforme de son

régime de retraite, n'ont jamais évoqué une telle pratique, se limitant à annoncer une absence de désignation d'avocats et de permanences ainsi qu'un appel au renvoi de toutes les affaires audiences. Ils ont estimé, en outre, que cet engorgement provoqué était la conséquence recherchée de la « *grève du zèle* » d'avocats qui ne sont pas partie intégrante du service public de la justice. Les juges du fond ont, enfin, insisté sur le caractère insurmontable de cet afflux de demandes, la mise en place d'une organisation spécifique et exceptionnelle, pour tendre à assurer le traitement de ces procédures dans les délais légaux, n'ayant pas permis de procéder à un traitement normal de l'ensemble des procédures soumises. Ils en ont déduit que le mouvement des avocats a constitué une circonstance imprévisible et insurmontable, extérieure au service de la justice, constitutive du cas de force majeure permettant de passer outre le caractère impératif des délais fixés par l'article 148-2 du Code de procédure pénale.

Dans son arrêt du 13 octobre 2020, la Chambre criminelle censure cette décision en affirmant qu'un afflux massif de demandes de mise en liberté, dont le dépôt est un droit pour toute personne placée en détention provisoire, ne constitue pas, pour le service de la justice, une circonstance insurmontable permettant de dépasser les délais fixés par le Code de procédure pénale. En conséquence, le requérant doit être remis en liberté, sauf s'il est détenu pour autre cause. Pour autant, la Cour de cassation décide de faire application des dispositions de l'article 803-7, alinéa 1^{er}, du Code de procédure pénale qui lui permettent de placer sous contrôle judiciaire la personne dont la détention provisoire est irrégulière en raison de la méconnaissance des délais prévus audit Code. Considérant, notamment, qu'il existe des indices graves et concordants permettant de considérer que l'intéressé a participé, comme auteur ou complice, à la commission du crime qui lui est reproché, la Chambre criminelle le place sous contrôle judiciaire, en énumérant les obligations et interdictions à sa charge. Ce dernier aspect de la décision permet d'illustrer qu'en matière pénale, l'office de la Cour de cassation ne concerne pas toujours exclusivement le droit, mais peut, dans des cas particuliers, porter sur les faits.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 13 octobre 2020, n° 20-80.150 : applicabilité, sous conditions, du délit de refus de remise de la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie au refus de remise du code de déverrouillage d'un téléphone portable

En l'espèce, dans le cadre d'une enquête de flagrance relative à des infractions à la législation sur les stupéfiants, un suspect, au cours de sa garde à vue, s'est vu réclamer, par le fonctionnaire de police qui procédait à son audition, les codes de déverrouillage des trois téléphones portables qui avaient été découverts en sa possession. Il a refusé de les communiquer.

L'intéressé a été cité pour infractions à la législation sur les stupéfiants et refus de remettre la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie, délit prévu par l'article 434-15-2 du Code pénal. Condamné en première instance, le prévenu a interjeté appel. Les juges du second degré l'ont relaxé du chef du délit de refus de remise de la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie aux motifs, d'une part, *qu'il n'est pas établi qu'une réquisition ait été adressée par une autorité judiciaire au prévenu de communiquer les codes de déverrouillage de ses téléphones portables ou de les mettre en œuvre et, d'autre part, qu'un code de déverrouillage d'un téléphone portable d'usage courant, qui ouvre l'accès aux données qui y sont contenues, ne constitue pas une convention secrète d'un moyen de cryptologie, en ce qu'il ne permet pas de déchiffrer des données ou messages cryptés.* Le procureur général près la Cour de cassation a formé un pourvoi dans l'intérêt de la loi à l'encontre de cet arrêt, en application des dispositions de l'article 621 du Code de procédure pénale.

Dans son arrêt du 13 octobre 2020, la Chambre criminelle censure la décision de la Cour d'appel.

En premier lieu, elle affirme que les juges du fond ont énoncé à tort que la réquisition ne pouvait être délivrée par un fonctionnaire de

police, alors que la réquisition aux fins d'obtention d'informations délivrée par un officier de police judiciaire, sur le fondement des articles 60-1, 77-1-1 et 99-3 du Code de procédure pénale, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, entre dans les prévisions de l'article 434-15-2 du Code pénal. Pour autant, sur ce point, la Cour de cassation estime que l'arrêt n'encourt pas la censure, dès lors qu'une simple demande formulée au cours d'une audition, *« sans avertissement que le refus d'y déférer est susceptible de constituer une infraction pénale, ne constitue pas une réquisition au sens du texte précité »*.

En second lieu, la Chambre criminelle considère qu'il résulte des articles 29 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique, L. 871-1 et R. 871-3 du Code de la sécurité intérieure que *« la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie contribue à la mise au clair des données qui ont été préalablement transformées, par tout matériel ou logiciel, dans le but de garantir la sécurité de leur stockage, et d'assurer ainsi notamment leur confidentialité. Le code de déverrouillage d'un téléphone portable peut constituer une telle convention lorsque ledit téléphone est équipé d'un moyen de cryptologie »*. Elle ajoute que *« l'existence d'un tel moyen peut se déduire des caractéristiques de l'appareil ou des logiciels qui l'équipent ainsi que par les résultats d'exploitation des téléphones au moyen d'outils techniques, utilisés notamment par les personnes qualifiées requises ou experts désignés à cette fin, portés, le cas échéant, à la connaissance de la personne concernée »*. Ainsi, en l'espèce, en se référant à la notion inopérante de *« téléphone d'usage courant »*, la Cour d'appel a méconnu les textes susvisés.

Cet arrêt vient compléter la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'emploi du délit prévu par l'article 434-15-2 du Code pénal comme moyen de sanction du refus de révélation ou de mise en œuvre du code de déverrouillage d'un téléphone portable. Dans un arrêt du 10 décembre 2019, la Chambre criminelle a, en effet, dans le sillage du Conseil constitutionnel (Cons. const., déc. n° 2018-696 du 30 mars 2018), rejeté un pourvoi fondé, notamment, sur le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Elle a estimé que ce droit 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 (Cass. crim., 10 décembre 2019, n° 18-86.878).

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 13 octobre 2020, n° 19-87.341 : irrecevabilité de la constitution de partie civile d'un médecin du chef de violation du secret professionnel concernant l'un de ses patients

En l'espèce, deux médecins et la société au sein de laquelle ils exercent ont fait citer devant le tribunal correctionnel une ancienne salariée de ladite société du chef de violation du secret professionnel. Ils leur reprochaient d'avoir produit, dans le cadre du litige prud'homal qui l'opposait à la société précitée, des carnets de rendez-vous et de correspondance ainsi que le dossier médical d'un patient. Ils affirmaient qu'une telle divulgation de documents soumis au secret professionnel avait porté atteinte, d'une part, à l'intérêt de leur patient, d'autre part, à leur réputation.

Les juges du fond ont déclaré les plaignants irrecevables en leur action au motif qu'il résulte des dispositions du Code de la santé publique que le secret médical a été institué dans l'intérêt du patient et non dans celui du médecin. Ils en déduisent que l'employeur, victime indirecte d'une violation du secret professionnel par son salarié, n'est pas habilité à mettre en mouvement l'action publique en application de l'article 2 du Code de procédure pénale.

Dans son arrêt du 13 octobre 2020, la Chambre criminelle estime que la Cour d'appel a justifié sa décision. En effet, en premier lieu, il résulte de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique que toute personne prise en charge par un professionnel participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant, de sorte que le secret médical étant un droit propre au patient, son médecin n'est pas recevable à se constituer partie civile du chef de violation du secret professionnel dans l'intérêt de celui-ci. En

second lieu, selon la Cour de cassation, ne peut être qu'indirect, pour un médecin ou la société dans le cadre de laquelle il exerce ses fonctions, le préjudice résultant de l'atteinte que porterait à sa réputation la violation du secret professionnel par une salariée de cette société.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 13 octobre 2020, n° 20-81.199 : les faits indivisibles de ceux visés dans l'acte de saisine du magistrat instructeur ne sont pas des faits nouveaux

En l'espèce, une information judiciaire a été ouverte des chefs de recels en bande organisée, association de malfaiteurs et blanchiment en bande organisée, au cours de laquelle ont été mis en cause, notamment, la directrice d'un palace à Marrakech, soupçonnée de faire échapper d'importantes sommes d'argent au fisc marocain en remettant des espèces à des intermédiaires finançant des trafics et alimentant, en contrepartie, le compte bancaire ouvert à son nom dans une banque suisse, ainsi que le responsable dudit compte bancaire. Ces deux personnes ont été mises en examen des chefs de blanchiment aggravé et d'association de malfaiteurs.

Les intéressés ont saisi la Chambre de l'instruction de requêtes en nullité au motif, notamment, que leurs mises en examen ne pouvaient porter sur des faits commis en Belgique et en Suisse dès lors que le juge d'instruction n'avait pas été saisi desdits faits. Les juges du fond ont rejeté, sur ce point, leurs requêtes en considérant que la compréhension du mécanisme de blanchiment ne peut être conçue à compter des seuls actes commis sur le territoire national, qui ne prennent sens qu'au regard de la mise en évidence des actes commis à l'étranger, ces actes étant indivisibles et constituant une opération unique, de sorte que le juge d'instruction était autorisé à informer sur l'ensemble des faits, alors même que le réquisitoire supplétif ne viserait que les faits commis sur le territoire national.

Dans son arrêt du 13 octobre 2020, la Chambre criminelle valide ce raisonnement, « *dès lors que le juge d'instruction était saisi des faits commis en Belgique et en Suisse, indivisibles de ceux commis en France dont ils n'étaient que le prolongement* ». Cette solution permet de rappeler que la notion de faits nouveaux dont le juge d'instruction ne peut s'auto-saisir ne concerne pas les faits indivisibles de ceux visés dans l'acte de saisine (Cass. crim., 1^{er} décembre 1998, n° 98-83.566).

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 13 octobre 2020, n° 20-80.490 : admission de la réitération d'actes d'investigation précédemment annulés sur le fondement d'une violation de l'article 6-1 du Code de procédure pénale

En l'espèce, une enquête préliminaire a été ouverte du chef de violation du secret de l'instruction et du secret professionnel, à la suite de la parution d'un article de presse faisant état de la mise en œuvre d'une perquisition. Les services de l'inspection générale des services de la police nationale (IGPN) ont adressé des réquisitions à divers opérateurs téléphoniques pour, notamment, identifier les numéros des téléphones portables de journalistes ainsi que les numéros des appels entrants et sortants de ces lignes. Une information judiciaire a été, par la suite, ouverte. Les réquisitions susmentionnées ont été annulées, le 5 mai 2011, par la Chambre de l'instruction, le pourvoi formé contre cet arrêt ayant été rejeté le 6 décembre 2011.

Le 25 février 2011, l'organe de presse et les journalistes concernés ont déposé une plainte avec constitution de partie civile des chefs de collecte de données à caractère personnel par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite et d'atteinte au secret des correspondances par personne dépositaire de l'autorité publique. Le 1^{er} juin 2011, une information judiciaire a été ouverte de ces chefs. Par arrêt du 22 mars 2012, la Chambre de l'instruction a annulé les investigations

diligentées dans ce cadre, notamment les perquisitions et saisies effectuées au siège de l'IGPN, ainsi que les mises en examen ordonnées, pour violation des dispositions de l'article 6-1 du Code de procédure pénale. Rappelons qu'aux termes desdites dispositions, « *lorsqu'un crime ou un délit prétendument commis à l'occasion d'une poursuite judiciaire impliquerait la violation d'une disposition de procédure pénale, l'action publique ne peut être exercée que si le caractère illégal de la poursuite ou de l'acte accompli à cette occasion a été constaté par une décision devenue définitive de la juridiction répressive saisie* ». Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté le 25 juin 2013.

Le 2 juillet 2014, l'organe de presse et les journalistes ont réitéré leur plainte avec constitution de partie civile. Le juge d'instruction a alors notamment procédé à la perquisition des locaux de l'IGPN et à la saisie de la copie des actes d'investigations réalisés dans le cadre de l'enquête préliminaire initiale ouverte du chef de violation du secret de l'instruction et du secret professionnel. Les deux magistrats du parquet qui avaient la charge de cette enquête préliminaire, placés sous le statut de témoin assisté, ont présenté une requête en annulation de pièces, en exposant que ces investigations avaient méconnu les dispositions de l'article 174 du Code de procédure pénale qui interdisent de tirer des actes et des pièces ou parties d'actes ou de pièces annulés aucun renseignement contre les parties.

La Chambre de l'instruction a alors prononcé l'annulation de la perquisition diligentée dans les locaux de l'IGPN et de la saisie d'une copie d'archives de la procédure d'enquête préliminaire ainsi que des actes subséquents au motif que cette procédure avait été annulée et qu'il n'était, dès lors, pas possible d'informer à nouveau sur les réquisitions ordonnées dans ce cadre. Elle a, par ailleurs, souligné que la plainte déposée le 2 juillet 2014 était intervenue alors que l'arrêt du 22 mars 2012 était définitif et en a déduit que la perquisition et la saisie d'une copie d'archives dans les locaux de l'IGPN n'avaient été que des artifices pour retrouver une copie des pièces annulées.

Dans son arrêt du 13 octobre 2020, la Chambre criminelle casse cette décision. Pour ce faire, elle affirme que l'interdiction posée par

l'article 174 du Code de procédure pénale ne s'applique pas à la partie qui, ayant bénéficié de l'annulation d'actes portant atteinte à ses intérêts, s'en prévaut dans le cadre d'une procédure distincte. Par ailleurs, selon la Cour de cassation, lorsque des investigations ont été annulées en application de l'article 6-1 du Code de procédure pénale, au motif que la plainte avec constitution de partie civile à la suite de laquelle elles ont été effectuées, qui se prévalait de la violation antérieure de dispositions de procédure pénale, avait été déposée avant que le caractère illégal des actes accomplis eût été définitivement constaté, l'article 174 du même Code ne saurait interdire que, sur une plainte identique, réitérée une fois satisfaite cette condition, le juge d'instruction procède à nouveau aux investigations précédemment annulées.

Ainsi, en l'espèce, les juges du fond ne pouvaient retenir que l'annulation des actes concernés, par arrêt du 5 mai 2011, constituait un obstacle à l'action de la partie civile, alors que cette annulation était la condition de sa recevabilité. En outre, ils ne pouvaient déduire de la seule réitération d'actes annulés par un juge d'instruction l'existence d'un artifice de nature à reconstituer, au mépris des droits de la défense, la substance des actes annulés dans une autre procédure, alors que cette annulation avait été prononcée au seul motif que les actes avaient été effectués avant que la condition résultant de l'article 6-1 du Code de procédure pénale ne soit satisfaite.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 13 octobre 2020, n° 20-82.322 : obligation pour la Chambre de l'instruction de statuer sur le maintien en détention provisoire résultant des dispositions d'adaptation de la procédure pénale à l'épidémie de covid-19

En l'espèce, un mis en examen du chef de tentative de meurtre a été placé en détention provisoire le 6 avril 2019. Le 16 mars 2020, le juge d'instruction a saisi le juge des libertés et de

la détention aux fins de prolongation de la détention provisoire de l'intéressé. Par ordonnance en date du 2 avril 2020, le juge des libertés et de la détention a déclaré sans objet sa saisine et a constaté la prolongation de plein droit de la détention provisoire, en application de l'article 16 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19. La personne mise en examen a relevé appel de cette décision.

Par arrêt du 22 avril 2020, la Chambre de l'instruction a déclaré l'appel du mis en examen irrecevable au motif que l'ordonnance du juge des libertés et de la détention ne présente aucune caractéristique d'une décision juridictionnelle et ne crée, en elle-même, aucun grief à l'appelant, la détention n'étant pas poursuivie du fait de cette décision, mais du fait d'un changement de dispositions à valeur législative.

Dans son arrêt du 13 octobre 2020, la Chambre criminelle casse cette décision. Pour ce faire, elle rappelle qu'en application des articles 6, § 1^{er}, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et 186 du Code de procédure pénale, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel (Cons. const., déc. n° 2011-153 QPC du 13 juillet 2011), le droit d'appel appartient à la personne mise en examen contre toute ordonnance du juge des libertés et de la détention faisant grief à ses droits et dont elle ne pourrait remettre en cause les dispositions, ni dans les formes prévues par les articles 186 à 186-3 du Code de procédure pénale, ni dans la suite de la procédure. Or, en l'espèce, d'une part, la décision du juge des libertés et de la détention qui constate que la détention provisoire de la personne mise en examen, dont le titre vient à expiration, est prolongée d'une durée de six mois, fût-ce par l'effet de la loi, lui cause nécessairement grief. D'autre part, aucune disposition ne permet à la personne mise en examen de contester la prolongation de plein droit de sa détention provisoire.

Pour autant, la Cour de cassation rappelle sa jurisprudence aux termes de laquelle la prolongation sans intervention judiciaire du titre de détention venant à expiration, prévue à l'article 16 de l'ordonnance précitée du 25 mars

2020, est régulière si la juridiction qui aurait été compétente pour prolonger la détention rend, en matière criminelle, dans les trois mois de la date d'expiration du titre ayant été prolongé de plein droit, une décision par laquelle elle se prononce sur le bien-fondé du maintien en détention (Cass. crim., 26 mai 2020, n° 20-81.910). Or, il résulte des pièces de la procédure que, par arrêt en date du 3 juin 2020, la Chambre de l'instruction a confirmé l'ordonnance du juge des libertés et de la détention ayant rejeté la demande de mise en liberté de la personne mise en examen. Dès lors, la prolongation de plein droit de la détention provisoire de l'intéressé est régulière. En conséquence, la cassation a lieu sans renvoi.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 13 octobre 2020, n° 19-87.787 : champ d'application dans le temps de la loi du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale

En l'espèce, à l'issue d'une enquête dont le dernier acte d'investigation est daté du 14 novembre 2014, le procureur de la République a, par acte en date du 7 août 2015, fait citer le requérant devant la juridiction correctionnelle des chefs, notamment, de récidive des délits d'exécution d'un travail dissimulé et d'emploi d'un étranger non muni d'une autorisation de travail salarié, faits commis au cours de l'année 2012. Le tribunal correctionnel, par jugement du 19 décembre 2015, a déclaré les faits établis et est entré en voie de condamnation. Le prévenu ayant formé opposition à l'encontre de cette décision, par lettre reçue le 26 décembre 2017, la juridiction correctionnelle a, par jugement du 12 février 2019, déclaré l'opposition recevable, a annulé la citation du 7 août 2015 ainsi que le jugement subséquent, puis a retenu le prévenu dans les liens de la prévention et prononcé des peines. L'intéressé et le ministère public ont relevé appel de cette décision.

Le prévenu soutenait que les faits reprochés étaient prescrits. Il fondait son

raisonnement sur une lecture *a contrario* de l'article 4 de la loi n° 2017-242 du 27 février 2017, portant réforme de la prescription en matière pénale. Aux termes des dispositions de ce texte, ladite loi de 2017 « *ne peut avoir pour effet de prescrire des infractions qui, au moment de son entrée en vigueur, avaient valablement donné lieu à la mise en mouvement ou à l'exercice de l'action publique à une date à laquelle, en vertu des dispositions législatives alors applicables et conformément à leur interprétation jurisprudentielle, la prescription n'était pas acquise* ». Selon le requérant, l'action publique ayant été mise en mouvement et exercée, vainement, par l'acte de citation du 7 août 2015, depuis lors annulé, et le délai de prescription de l'action publique applicable étant de trois ans, selon l'article 8 du Code de procédure pénale dans sa version antérieure à la loi précitée, seul applicable, et non de six ans, comme désormais, la prescription était acquise au plus tard au 14 novembre 2017.

Cette argumentation a été écartée par la Cour d'appel qui a relevé que la prescription n'était pas acquise au 1^{er} mars 2017, date de l'entrée en vigueur de la loi du 27 février 2017, le dernier acte interruptif de prescription étant du 14 novembre 2014, en sorte que la loi nouvelle, allongeant le délai de prescription de droit commun des délits à six ans, était applicable aux faits en cause conformément à l'article 112-2, 4°, du Code pénal. Elle conclut que l'article 4 de la loi du 27 février 2017, qui a pour finalité d'éviter la remise en cause de la validité des procédures en cours, ne saurait mettre en échec l'application de l'article 112-2, 4°, du Code pénal, et qu'en conséquence les faits ne sont pas prescrits.

Dans son arrêt du 13 octobre 2020, la Chambre criminelle rejette le pourvoi formé par le prévenu. Selon elle, il résulte des travaux parlementaires que l'article 4 de la loi du 27 février 2017 a eu pour seule finalité, selon l'intention du législateur, de prévenir la prescription de certaines infractions occultes ou dissimulées par l'effet de la loi nouvelle, laquelle prévoit notamment que le délai de prescription de ces infractions, quand il s'agit de délits, ne peut excéder douze années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise, alors que selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation, ces infractions ne se prescrivaient qu'à partir du moment où le délit est apparu et a pu

être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique. Dès lors, ce texte doit être interprété restrictivement et ne saurait avoir pour effet de déroger de façon générale aux dispositions de l'article 112-2, 4°, du Code pénal, selon lesquelles les lois relatives à la prescription de l'action publique sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur, lorsque les prescriptions ne sont pas acquises.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 14 octobre 2020, n° 20-82.961 : l'existence d'indices graves ou concordants de participation doit être vérifiée dans le cadre d'une contestation relative à la détention provisoire

En l'espèce, un mis en examen du chef d'extorsion a été placé en détention provisoire. Pour confirmer l'ordonnance du juge des libertés et de la détention et répondre au mémoire de l'intéressé qui faisait valoir, au soutien de ses dénégations, l'absence d'indices précis et concordants de sa participation aux faits pour lesquels il était mis en examen, la Chambre de l'instruction a affirmé que la discussion des indices graves ou concordants, voire des charges, est étrangère à l'unique objet du contentieux dont elle était saisie, en l'espèce celui des mesures de sûreté.

Dans son arrêt du 14 octobre 2020, la Chambre criminelle casse cette décision. Selon elle, il se déduit de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales que la Chambre de l'instruction, à chacun des stades de la procédure, doit s'assurer que les conditions légales de la détention provisoire sont réunies, notamment l'existence d'indices graves ou concordants rendant vraisemblable la participation de la personne mise en examen aux faits reprochés. Or, en l'espèce, les juges du fond ont refusé d'examiner, dans le cadre de l'appel du placement en détention provisoire et de la contestation par l'appelant d'une quelconque

participation aux faits, l'existence d'indices graves ou concordants de sa participation, comme auteur ou complice, à la commission des infractions qui lui sont reprochées, de sorte que la cassation est encourue.

Cette solution est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, relative à l'article 5 précité, aux termes de laquelle la persistance de raisons plausibles de soupçonner la personne détenue d'avoir commis une infraction est une condition *sine qua non* de la régularité du maintien en détention provisoire (CEDH, gde ch., 28 novembre 2017, *Merabishvili c/ Géorgie*, n° 72508/13).

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 20 octobre 2020, n° 19-84.754 : les dispositions de la loi du 23 mars 2019, qui limitent le champ d'application des aménagements des peines fermes d'emprisonnement, ne s'appliquent pas aux faits commis avant leur entrée en vigueur

En l'espèce, poursuivi devant le tribunal correctionnel pour des faits commis au cours du mois de mai 2014, le requérant a été condamné à deux ans d'emprisonnement dont dix-huit mois avec sursis et mise à l'épreuve. Le prévenu, le ministère public et la partie civile ont relevé appel de cette décision. La Cour d'appel a condamné le prévenu à la peine de vingt-quatre mois d'emprisonnement et refusé *d'aménager cette peine ferme d'emprisonnement au motif qu'elle ne disposait pas, en l'état du dossier, d'éléments matériels suffisants à ce propos. L'intéressé a formé un pourvoi en cassation.*

La Chambre criminelle, dans sa formation plénière, s'interroge sur la loi applicable. En effet, bien que l'arrêt d'appel ait été rendu avant l'entrée en vigueur, le 24 mars 2020, de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, il importe de déterminer, au préalable, si les dispositions de cette loi relatives au prononcé et à l'aménagement de la peine d'emprisonnement sans sursis sont susceptibles de s'appliquer à des

faits commis avant leur entrée en vigueur. Dans un tel cas, en effet, la Cour de cassation doit, sans examiner les moyens qui critiquaient l'arrêt attaqué au regard de la loi ancienne, annuler cet arrêt afin que l'affaire soit jugée à nouveau selon les dispositions de la loi nouvelle.

À ce propos, en premier lieu, il convient de déterminer si les dispositions relatives au prononcé et à l'aménagement de la peine d'emprisonnement sans sursis, qui figurent à l'article 74 de ladite loi, lequel modifie ou crée notamment les articles 132-19, 132-25 et 132-26 du Code pénal et 464-2, 474 et 723-15 du Code de procédure pénale, forment un ensemble indivisible qui devrait faire l'objet d'une comparaison globale avec la législation antérieure. À ce propos, la Cour note que le rapport annexé à la loi du 23 mars 2019 énonce le double objectif poursuivi par le législateur : limiter le recours aux courtes peines d'emprisonnement, d'une part, rendre effectives les peines d'emprisonnement prononcées pour des durées plus longues, d'autre part. Dans ce double objectif, notamment, est supprimée, sans autre mesure corrélative, la possibilité d'un aménagement des peines d'emprisonnement comprises entre un et deux ans, que ce soit par la juridiction qui prononce la peine ou par le juge de l'application des peines. Ces dispositions de la loi de 2019 relèvent, pour certaines, de la catégorie des peines, pour d'autres des formes de la procédure, pour d'autres encore du régime de l'exécution des peines. Certaines figurent dans le Code pénal, d'autres dans le Code de procédure pénale. Il en résulte, selon la Chambre criminelle, qu'elles doivent, au regard de leur application dans le temps, être envisagées séparément les unes des autres.

Dès lors, en deuxième lieu, la Cour recherche si, considérées individuellement, les dispositions qui privent les juridictions correctionnelles de la faculté d'aménager les peines d'emprisonnement qu'elles prononcent, lorsque celles-ci sont supérieures à un an d'emprisonnement, entrent dans la catégorie des lois relatives aux peines visées à l'article 112-1 du Code pénal, dans celle des lois fixant les modalités de poursuites et les formes de la procédure visées à l'article 112-2, 2°, dudit Code ou dans celle des lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines visées à l'article 112-2, 3°, du même Code. Dans son arrêt

du 20 octobre 2020, la Cour de cassation affirme qu'un texte qui supprime la possibilité d'aménager une peine d'emprisonnement ne peut être qualifié comme fixant des modalités de poursuites et des règles de procédure et doit être classé dans la catégorie des lois relatives aux peines ou dans celle des lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines.

Or, à ce propos, jusqu'à présent, la Cour de cassation faisait une distinction selon que la mesure d'aménagement avait été prononcée par le juge de l'application des peines ou par la juridiction de jugement. Elle a jugé que les premières relèvent des lois d'exécution et d'application des peines (Cass. crim., 9 juin 2010, n° 09-87.677), tandis que les secondes relèvent des lois de pénalité (Cass. crim., 5 novembre 2013, n° 12-85.387). La Chambre criminelle estime que cette distinction doit être abandonnée, dès lors que le législateur a réaffirmé le principe selon lequel la juridiction de jugement qui prononce une courte peine d'emprisonnement doit immédiatement envisager son aménagement. En effet, de quelque juridiction qu'elle émane, la décision portant sur l'aménagement se distingue de celle par laquelle la peine est prononcée. Les fins que l'une et l'autre poursuivent et les critères sur lesquels elles se fondent respectivement sont différents. Aussi l'aménagement de peine constitue-t-il, même lorsqu'il émane de la juridiction de jugement, un dispositif relatif au régime d'exécution et d'application des peines. L'application dans le temps d'une telle mesure obéit, par conséquent, aux règles définies par l'article 112-2, 3°, du Code pénal.

En troisième lieu, la Chambre criminelle se pose la question de savoir si les nouvelles dispositions sont, ou non, plus sévères. En la matière, il convient de rappeler que l'article 112-2, 3°, du Code pénal précité dispose que les lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines, lorsqu'elles auraient pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation, ne sont applicables qu'aux condamnations prononcées pour des faits commis postérieurement à leur entrée en vigueur. Tel est le cas des dispositions de la loi du 23 mars 2019 qui interdisent désormais tout aménagement des peines d'emprisonnement sans sursis d'une durée supérieure à un an. Il s'en déduit que ces nouvelles dispositions, plus

sévères, ne sauraient recevoir application dans le cas d'espèce, s'agissant de faits commis avant leur entrée en vigueur.

En conséquence, la Cour de cassation fait application des dispositions antérieures à l'entrée en vigueur de la loi du 23 mars 2019 aux termes desquelles, si la peine prononcée n'est pas supérieure à deux ans, ou à un an pour une personne en état de récidive légale, le juge, qui décide de ne pas l'aménager, doit, en outre, soit constater une impossibilité matérielle de le faire, soit motiver spécialement sa décision au regard des faits de l'espèce, de la personnalité du prévenu et de sa situation matérielle, familiale et sociale. Or, en l'espèce, pour refuser d'aménager la peine de deux ans d'emprisonnement sans sursis prononcée à l'encontre du prévenu, l'arrêt énonce que la Cour ne dispose pas, en l'état du dossier, d'éléments matériels suffisants lui permettant un aménagement immédiat. Selon la Chambre criminelle, en statuant ainsi, alors que le prévenu, présent à l'audience, pouvait répondre à toutes les questions des juges et leur permettre d'apprécier si une mesure d'aménagement pouvait être ordonnée, la Cour d'appel n'a pas justifié sa décision. La cassation est, par conséquent, encourue.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 20 octobre 2020, n° 19-84.641 : la victime d'une infraction pénale, y compris contre les biens, peut voir minorer son indemnisation lorsqu'elle a contribué à la production du dommage

En l'espèce, une personne, chargée de l'approvisionnement d'un distributeur de billets de banque appartenant à une société, a été déclarée coupable par le tribunal correctionnel du vol de la somme de 120.720 euros, commis entre le 31 août 2007 et le 31 août 2015. Elle a été condamnée à payer à cette société, constituée partie civile, la somme de 125.000 euros à titre de dommages et intérêts, au titre du préjudice tant matériel que moral. La prévenue a

relevé appel du seul dispositif civil de cette décision.

Pour déclarer l'intéressée entièrement responsable du préjudice subi et la condamner au paiement de dommages et intérêts correspondant à l'intégralité du préjudice matériel, la Cour d'appel a affirmé que, dans les rapports entre voleur et victime, la circonstance selon laquelle le propriétaire d'un bien n'aurait pas pris toutes les mesures utiles pour éviter d'être dépossédé ne s'analyse pas en une faute de nature à limiter son droit à indemnisation.

Dans son arrêt du 20 octobre 2020, la Chambre criminelle casse cette décision. Pour ce faire, elle rappelle qu'il résulte des articles 2 du Code de procédure pénale et 1382, devenu 1240, du Code civil que, « *lorsque plusieurs fautes ont concouru à la production du dommage, la responsabilité de leurs auteurs se trouve engagée dans une mesure dont l'appréciation appartient souverainement aux juges du fond* ». Elle ajoute qu'« *est de nature à constituer une telle faute le fait, pour la victime, de ne pas avoir pris les précautions utiles pour éviter le dommage* ». Cette solution vient en écho de l'arrêt rendu dans la célèbre affaire *Kerviel c/ Société Générale* par la Chambre criminelle (Cass. crim., 19 mars 2014, n° 12-87.416).

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 21 octobre 2020, n° 19-81.929 : la Chambre criminelle saisit la Cour de justice de l'Union européenne de deux questions préjudicielles relatives à la règle *non bis in idem*

En l'espèce, le prévenu a exercé la profession d'expert-comptable en tant qu'entrepreneur individuel jusqu'au 14 juin 2011. L'administration fiscale a procédé à des opérations de vérification de sa comptabilité au titre des années 2009, 2010 et 2011. Par la suite, le tribunal correctionnel a déclaré le prévenu coupable de fraude fiscale par dissimulation de sommes sujettes à l'impôt et omission d'écritures dans un document comptable.

Devant la Cour d'appel, le prévenu a sollicité sa relaxe aux motifs que sa condamnation se heurte à la règle *non bis in idem* garanti, notamment, par l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il a exposé avoir déjà fait l'objet, à titre personnel, pour les mêmes faits, d'une procédure de redressement fiscal ayant donné lieu à l'application de pénalités fiscales définitives de 40% des droits éludés, le tribunal administratif de Grenoble ayant rejeté son recours formé à l'encontre de ce redressement, par jugement du 6 juillet 2015. Selon le prévenu, la sévérité globale du système répressif, s'agissant des faits qui lui sont reprochés, dépasse ce qui est strictement nécessaire. Cette argumentation a été écartée par la Cour d'appel qui a confirmé sa déclaration de culpabilité.

Devant la Cour de cassation, le prévenu soutient, d'une part, que les juges du fond, qui ont refusé d'écarter l'application de l'article 1741 du Code général des impôts, relatif au délit de fraude fiscale, dont les dispositions, telles qu'interprétées par le Conseil constitutionnel, ne sont ni claires ni précises, ont méconnu l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux et, d'autre part, que les juges, qui ne se sont pas assurés que la charge résultant de l'ensemble des sanctions prononcées à son encontre n'était pas excessive au regard de la gravité de l'infraction concernée, n'ont pas justifié leur décision au regard des exigences issues du droit de l'Union.

Dans son arrêt du 21 octobre 2020, la Chambre criminelle, rappelle que les dispositions législatives applicables à la cause constituent une mise en œuvre du droit de l'Union et doivent, par conséquent, respecter la règle *non bis in idem* garanti par l'article 50 de la Charte. En effet, si le demandeur, qui a fait l'objet de pénalités fiscales définitives de nature pénale, a été poursuivi et condamné pénalement pour une fraude aux impôts directs, il l'a également été pour une fraude à la TVA, régie, notamment, par la directive 2006/112/CE du Conseil, du 28 novembre 2006, relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée. Ainsi, eu égard à l'argumentation développée par le requérant devant la Cour de cassation, il convient de confronter la réglementation nationale aux exigences issues du droit de l'Union.

À ce propos, en premier lieu, selon la Cour de cassation, il n'est pas contestable que la réglementation en cause vise notamment à lutter contre les infractions en matière de TVA afin de garantir la perception de l'intégralité de la TVA due et répond ainsi à un objectif d'intérêt général, susceptible de justifier un cumul de poursuites et de sanctions de nature pénale, qui visent des objectifs complémentaires. Pour autant, aux termes de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, une limitation ne peut être apportée à la règle *non bis in idem* que si sont prévues des règles claires et précises permettant au justiciable de prévoir quels actes et omissions sont susceptibles de faire l'objet d'un tel cumul de poursuites et de sanctions (CJUE, 20 mars 2018, *Menci*, aff. C-224/15).

Certes, en application de la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel (Cons. const., déc. n° 2016-545 QPC et n° 2016-546 QPC du 24 juin 2016, déc. n° 2016-556 QPC du 22 juillet 2016 et déc. n° 2018-745 QPC du 23 novembre 2018), la faculté de condamner pénalement un contribuable déjà sanctionné fiscalement est limitée à certains cas qui relèvent de ceux les plus graves de dissimulation ou d'omission déclarative frauduleuse. En outre, la jurisprudence de la Cour de cassation a dégagé des éléments de fait qui permettent de préciser les modalités de mise en œuvre de ces critères. Elle a ainsi précisé que les circonstances aggravantes prévues par l'article 1741 du Code général des impôts sont de nature à qualifier le critère de gravité. La condition préalable de la gravité des faits de fraude fiscale ne résulte donc pas uniquement du montant des droits fraudés éludés, mais peut également prendre en considération d'autres circonstances tenant à la nature et au contexte des agissements de l'intéressé.

En second lieu, la Chambre criminelle rappelle que, selon la Cour de justice, une limitation ne peut être apportée à la règle *non bis in idem* que si, en outre, des règles permettent d'assurer que la sévérité de l'ensemble des sanctions imposées soit limitée à ce qui est strictement nécessaire par rapport à la gravité de l'infraction concernée. Ainsi, la Cour de Luxembourg a considéré que la réglementation italienne en matière de manipulations de marché ne garantit pas que la sévérité de l'ensemble des

sanctions imposées soit limitée à ce qui est strictement nécessaire par rapport à la gravité de l'infraction concernée. Elle a, en effet, relevé que cette réglementation se borne à prévoir que, lorsque, pour les mêmes faits, une amende pénale et une sanction administrative pécuniaire de nature pénale ont été infligées, le recouvrement de la première est limité à la partie excédant le montant de la seconde et vise uniquement le cumul de peines pécuniaires et non le cumul d'une sanction administrative pécuniaire de nature pénale et d'une peine d'emprisonnement (CJUE, 20 mars 2018, *Garlsson Real Estate e.a.*, C-537/16).

Or, en l'espèce, le requérant au pourvoi reproche à la Cour d'appel de ne pas s'être assurée que la charge résultant de l'ensemble des sanctions prononcées à son encontre n'était pas excessive au regard de l'infraction concernée, ce qui suppose de s'interroger au préalable sur le point de savoir si la réglementation française remplit la condition de la proportionnalité du cumul des sanctions pénales et fiscales *in abstracto*. À ce propos, il convient de relever que, d'une part, en application de la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel, la réglementation française limite les poursuites pénales aux infractions présentant une certaine gravité, pour lesquelles le législateur national a prévu notamment, outre une peine d'amende, une peine d'emprisonnement. D'autre part, en application d'une autre réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel, la faculté de cumuler des sanctions est limitée par l'impossibilité de dépasser le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues. Néanmoins, cette règle ne concerne que les sanctions de même nature, à savoir celles pécuniaires.

Pour l'ensemble de ces raisons, selon la Chambre criminelle, il ne peut être affirmé que l'application correcte du droit de l'Union s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable. Il convient, en conséquence, de renvoyer à la Cour de justice les questions suivantes : « 1°/L'exigence de clarté et de prévisibilité des circonstances dans lesquelles les dissimulations déclaratives en matière de TVA due peuvent faire l'objet d'un cumul de poursuites et de sanctions de nature pénale est-elle remplie par des règles nationales telles que

celles précédemment décrites ? 2°/ L'exigence de nécessité et de proportionnalité du cumul de telles sanctions est-elle remplie par des règles nationales telles que celles précédemment décrites ? ».

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 28 octobre 2020, n° 20-81.615 : rappel de la règle selon laquelle la nullité d'un acte s'étend aux pièces dont il est le support nécessaire

En l'espèce, un juge d'instruction d'une juridiction inter-régionale spécialisée (JIRS) a été saisi d'un dossier d'information, ouvert du chef d'infractions à la législation sur les stupéfiants. Le lendemain de cette saisine, un autre juge d'instruction s'est dessaisi, au profit de ce premier magistrat, d'un dossier ouvert à son cabinet et portant sur les mêmes faits. Un mis en examen dans le cadre de cette information a formé une requête en nullité.

La Chambre de l'instruction a prononcé, en l'absence de réquisitions de dessaisissement du procureur de la République, l'annulation de l'ordonnance de dessaisissement au profit du juge d'instruction de la JIRS et du réquisitoire supplétif ensuite délivré, ayant pour support nécessaire la procédure d'instruction transmise dans le cadre de ce dessaisissement irrégulier. Elle a, toutefois, refusé d'annuler d'autres pièces de la procédure au motif que le magistrat instructeur de la JIRS était déjà saisi des faits et que le réquisitoire supplétif le saisissant était donc superfétatoire.

Dans son arrêt du 28 octobre 2020, la Chambre criminelle casse cette décision. Pour ce faire, elle rappelle que, conformément aux dispositions de l'article 174, alinéa 2, du Code de procédure pénale, « *lorsque la Chambre de l'instruction constate la nullité d'un acte de la procédure, doivent être annulés par voie de conséquence les pièces qui ont pour support nécessaire l'acte vicié* ». Ainsi, lorsqu'une ordonnance de dessaisissement d'un dossier d'information est annulée, les pièces de ce

dossier ne peuvent subsister dans celui où elles ont été irrégulièrement versées. Or, en statuant comme elle l'a fait, alors qu'il lui appartenait d'annuler le versement desdites pièces ainsi que, le cas échéant, celles qui avaient pour support nécessaire les actes viciés, et d'ordonner leur retrait du dossier, la Chambre de l'instruction a violé le texte susvisé.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 28 octobre 2020, n° 19-85.812 : une condamnation des chefs de refus de se soumettre au prélèvement biologique destiné à recueillir l'empreinte génétique et de refus de se soumettre au relevé des empreintes digitales n'est pas affectée par la relaxe prononcée à propos de l'infraction ayant justifié le recours auxdits prélèvements et ne viole pas le droit au respect de la vie privée

En l'espèce, une manifestation non déclarée s'est déroulée à l'initiative du mouvement dit des « *gilets jaunes* ». Des manifestants ont jeté des projectiles sur les policiers présents et un groupe d'une cinquantaine de personnes a causé des dégradations au commissariat de police. Parmi d'autres personnes, une suspecte a été interpellée. Placée en garde à vue, celle-ci a refusé de se soumettre au prélèvement biologique destiné à recueillir son empreinte génétique, ainsi qu'au relevé de ses empreintes digitales. Elle a été traduite devant le tribunal correctionnel, selon la procédure de comparution immédiate, pour dégradations volontaires d'un bâtiment public en réunion, refus de se soumettre à un prélèvement biologique destiné à identifier son empreinte génétique et refus de se soumettre à des relevés signalétiques.

Le tribunal correctionnel a rejeté les exceptions de nullité présentées par l'intéressée, tirées des conditions de son placement en garde à vue, l'a déclarée coupable des faits visés à la prévention et l'a condamnée à quatre mois d'emprisonnement pour les faits de

dégradations aggravées et de refus de se soumettre aux relevés signalétiques, ainsi qu'à deux mois d'emprisonnement pour refus de se soumettre au prélèvement biologique. La prévenue a relevé appel de ce jugement et le procureur de la République a formé appel incident.

En premier lieu, pour réclamer l'annulation de la procédure, la demanderesse prétendait qu'à l'occasion de son placement en garde à vue, ses droits lui avaient été notifiés de manière tardive et que le procureur de la République n'avait pas été avisé aussitôt de la mesure prise envers elle. Pour écarter ces griefs, les juges du fond ont constaté que l'intéressée a été interpellée et placée en garde à vue à 22 heures 10, que le procureur de la République en a été avisé à 23 heures 04, et que ses droits lui ont été notifiés à 23 heures 20, avec l'assistance d'un interprète. Ils ont également souligné que les troubles survenus ce soir-là, à l'occasion d'une manifestation, marqués par des violences inquiétantes, des dégradations graves du commissariat de police et de nombreuses interventions des forces de l'ordre pour disperser des groupes de personnes dangereuses, avaient créé un climat de tension extrême et menacé directement la sécurité des policiers. La Cour d'appel en a déduit l'existence de circonstances insurmontables, qui alliées à la nécessité de recourir à un interprète, justifient les délais dans lesquels les formalités liées au placement en garde à vue ont été accomplies. Cette argumentation est confirmée par la Cour de cassation qui estime qu'elle caractérise effectivement l'existence de circonstances insurmontables.

En deuxième lieu, également pour réclamer l'annulation de la procédure, la prévenue avait prétendu que le formulaire d'information des droits inhérents à son placement en garde à vue ne lui avait pas été remis lors de son interpellation, mais seulement lors de la notification de ses droits. Pour écarter cette exception de nullité, les juges du fond ont énoncé que la remise de ce formulaire a été régulièrement faite lors de la notification des droits et n'avait pas à l'être préalablement. Selon la Chambre criminelle, en se prononçant de la sorte, la juridiction du second degré a fait l'exacte application de la loi. Il résulte, en effet, des articles 63-1 et 803-6 du Code de procédure

pénale que le formulaire, prévu par ces dispositions et destiné à chaque personne soumise à une mesure de privation de liberté, doit être remis, en cas de placement en garde à vue, lors de la notification des droits inhérents à cette mesure.

En troisième lieu, sur le fond, la prévenue affirmait que l'arrêt de la Cour d'appel qui l'avait déclarée coupable des faits de refus de se soumettre à un prélèvement biologique destiné à permettre l'analyse et l'identification de son empreinte génétique avait méconnu le droit au respect de la vie privée, tel que prévu et protégé, notamment, par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. À ce propos, pour reconnaître la prévenue coupable de ce délit, les juges du fond ont relevé qu'elle avait refusé ce prélèvement lors de sa garde à vue, alors que les constatations immédiates des policiers, lors de son interpellation, la désignaient comme ayant participé aux dégradations du commissariat de police, infraction entrant dans les prévisions de l'article 706-55 du Code de procédure pénale. Ils ont également affirmé que la relaxe prononcée par la suite pour cette infraction, compte tenu des résultats de l'enquête, n'anéantissait pas l'existence, au début de celle-ci, d'indices graves et concordants d'y avoir participé, ce qui justifiait le prélèvement biologique destiné à l'identification des empreintes génétiques de la demanderesse, dont le refus est pénalement réprimé. Ils ont encore retenu que la faculté, ouverte à la prévenue, d'obtenir l'effacement des données la concernant, enregistrées au fichier des empreintes génétiques, exclut la violation invoquée de l'article 8 de la Convention européenne.

Cette argumentation est validée par la Chambre criminelle qui affirme, notamment, que « *la relaxe de l'infraction à l'occasion de laquelle le prélèvement a été effectué n'est pas contradictoire avec la condamnation pour refus de se soumettre à ce prélèvement* ». Elle ajoute que l'intéressée peut demander au procureur de la République l'effacement de son empreinte génétique et dispose d'un recours juridictionnel effectif en cas de rejet de sa demande ou de défaut de réponse, ce recours étant prévu par l'article 706-54, alinéa 2, du Code de procédure pénale. Selon la Cour de cassation, en raison de

ce droit au recours, ni le prélèvement ni la sanction prévue en cas de refus ne représentent une ingérence excessive dans le droit au respect de sa vie privée et familiale, reconnu à toute personne par l'article 8 de la Convention européenne. Cette solution reprend celle déjà adoptée par la Chambre criminelle (Cass. crim., 15 janvier 2019, n° 17-87.185) en réaction à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme ayant considéré insuffisamment protectrices du droit au respect de la vie privée les dispositions de l'époque relatives au fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG ; CEDH, 22 juin 2017, *Aycaguer c/ France*, n° 8806/12).

En quatrième lieu, également sur le fond, la prévenue critiquait l'arrêt de la Cour d'appel en ce qu'il l'avait déclarée coupable des faits de refus de se soumettre à des relevés signalétiques, notamment par prise d'empreintes digitales, palmaires ou de photographies nécessaires à l'alimentation et la consultation des fichiers de police, au motif, là aussi, d'une violation du droit au respect de la vie privée. Sur ce point, de manière similaire aux développements relatifs au FNAEG, la Cour d'appel a relevé, pour entrer en voie de condamnation, que l'intéressée avait refusé la prise de ses empreintes digitales lors de sa garde à vue, alors que les constatations immédiates des policiers, lors de son interpellation, la désignaient comme ayant participé à la commission d'un délit de dégradations volontaires. Elle a ajouté que la relaxe prononcée par la suite pour cette infraction, compte tenu des résultats de l'enquête, n'anéantissait pas l'existence, au début de celle-ci, d'indices graves et concordants d'y avoir participé, ce qui justifiait le recueil de ses empreintes digitales, dont le refus est pénalement réprimé.

Là aussi, la Chambre criminelle valide ce raisonnement. Elle estime, tout d'abord, comme précédemment, que la relaxe de l'infraction à l'occasion de laquelle le relevé a été effectué n'est pas contradictoire avec la condamnation pour refus de se soumettre à ce prélèvement. Elle considère, ensuite, que l'obligation, pour une personne soupçonnée d'un crime ou d'un délit, de se soumettre au relevé de ses empreintes digitales, de même que la sanction prévue en cas de refus, ne constituent pas une ingérence excessive dans le droit au respect de

sa vie privée et familiale, reconnu par l'article 8 de la Convention européenne. Pour ce faire, elle s'appuie sur les dispositions du décret n° 2015-1580 du 2 décembre 2015 qui, tirant les conclusions de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, ayant considéré que les modalités de collecte et de conservation des données prévues en France étaient insuffisantes au regard des exigences de la Convention – lesdites données pouvant être prélevées en cas de simple contravention et conservées pendant une durée excessive, sans garantie de leur effacement pour les personnes reconnues innocentes (CEDH, *M.K. c/ France*, 18 avril 2013, n° 19522/09) –, a exclu le relevé d'empreintes digitales en matière contraventionnelle, limité la durée de leur conservation et prévu leur effacement du fichier en cas de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement.

En cinquième, et dernier lieu, la Chambre criminelle casse finalement l'arrêt de la Cour d'appel, par voie de retranchement des seules dispositions civiles, en rappelant que, conformément aux dispositions de l'**article 38 modifié de la loi n° 55-366 du 3 avril 1955**, « toute action portée devant les tribunaux de l'ordre judiciaire et tendant à faire déclarer l'Etat créancier ou débiteur pour des causes étrangères à l'impôt et au domaine doit, sauf exception prévue par la loi, être intentée, à peine de nullité, par ou contre l'agent judiciaire de l'Etat ». Or, en l'espèce, les juges du fond avaient admis la recevabilité de la constitution de partie civile du commissariat de police et condamné la prévenue à lui verser des dommages et intérêts, alors que l'exercice de l'action civile au nom d'un service de l'Etat est réservé, en l'absence de disposition particulière de nature législative, à l'agent judiciaire de l'Etat.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 3 novembre 2020, n° 19-87.463 : la nullité pour imprécision d'une citation du chef de diffamation peut n'être que partielle

En l'espèce, l'Association pour l'Utilisation du Rein Artificiel à La Réunion (AURAR) et sa

directrice générale ont fait citer devant le tribunal correctionnel le directeur de la publication et la société éditrice du *Journal de l'île de la Réunion* du chef de diffamation. Les juges du fond ont constaté la nullité de la citation au motif que cet acte ne distinguait pas clairement plusieurs des imputations ou allégations qui porteraient atteinte à l'honneur et à la considération de l'AURAR et de sa directrice générale, ce qui créait une incertitude dans l'esprit du prévenu quant à l'étendue de la poursuite du chef des trois passages concernés. Ils ont également considéré que plusieurs des imputations n'étaient pas exemptes de la qualification d'injure qui n'était pas reprise dans le dispositif de la citation. Ils en ont conclu que ces incertitudes et ces imprécisions ne permettaient pas aux personnes mises en cause de connaître le périmètre exact des faits reprochés et de formuler une offre de preuve adéquate, ce qui devait emporter l'annulation de l'acte en son entier.

Cette dernière affirmation est censurée par la Chambre criminelle. Elle rappelle, notamment, qu'il résulte de l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse que la nullité ne peut être prononcée que si l'acte a pour effet de créer une incertitude dans l'esprit du prévenu quant à l'étendue des faits dont il a à répondre. Elle en déduit que la Cour d'appel ne pouvait déduire des nullités partielles qu'elle constatait que l'acte devait être annulé en son entier. En effet, selon la Haute juridiction judiciaire, « *lorsque plusieurs propos sont incriminés dans une même citation délivrée du chef d'une ou plusieurs infractions de presse, l'irrégularité affectant la poursuite s'agissant d'un de ces propos ne s'étend à l'ensemble de l'acte que si, en raison de l'indivisibilité existant entre les différents faits poursuivis, c'est sur la nature et l'étendue de l'intégralité de ceux-ci qu'il en résulte une incertitude dans l'esprit du prévenu* ». Or, tel n'était pas le cas, en l'espèce, les passages concernés par la seule nullité, exactement retenue, étant divisibles des autres propos poursuivis, dont ils n'affectaient pas le sens et la portée.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 3 novembre 2020, n° 19-84.700 : la bonne foi neutralisatrice du délit de diffamation ne saurait être déduite de faits postérieurs à la diffusion des propos litigieux ou de pièces établies postérieurement à celle-ci

En l'espèce, la directrice générale de l'Association pour l'Utilisation du Rein Artificiel à La Réunion (AURAR) a fait citer devant le tribunal correctionnel, par deux poursuites successives, le directeur de la publication et la société éditrice du *Journal de l'île de La Réunion*, du chef de diffamation envers un particulier, à la suite de la publication de plusieurs éditoriaux en 2017. Les juges du premier degré ont joint les deux poursuites et sont entrés en voie de condamnation.

Néanmoins, la Cour d'appel a écarté le caractère diffamatoire des passages poursuivis contenus dans deux éditoriaux au motif, notamment, que les propos sont certes désagréables pour la partie civile, mais, se cantonnant à des considérations générales, ne renferment pas l'allégation de fait précis susceptibles de faire l'objet d'un débat sur la preuve. La Chambre criminelle valide ce raisonnement. Elle considère, en particulier, que, « *s'il appartient aux juges de relever toutes les circonstances et éléments extrinsèques aux propos poursuivis de nature à donner à ceux-ci leur véritable sens et susceptibles de caractériser la diffamation, la partie civile ne saurait faire grief à l'arrêt de n'avoir pas retenu à ce titre les propos se référant à des faits précis qui figuraient dans les mêmes articles que les passages incriminés, mais qu'elle avait fait le choix de ne pas poursuivre* ».

Par ailleurs, la Cour d'appel a accordé au prévenu le bénéfice de la bonne foi au motif que, d'une part, les éditoriaux litigieux traitaient d'un sujet d'intérêt général, relatif à la gestion des fonds publics dans le domaine de la santé, et, d'autre part, que les propos reposaient sur une base factuelle suffisante constituée, notamment, d'une lettre de l'association nationale des

patients du 8 novembre 2017 et d'un rapport d'observations provisoires de la Chambre régionale des comptes relatif à des faits dont certains se seraient déroulés au cours de l'année 2018. Sur ce point, la Chambre criminelle prononce une cassation. Au visa de **l'article 29**, alinéa 1^{er}, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, elle rappelle que « *la bonne foi du prévenu ne peut être déduite ni de faits postérieurs à la diffusion des propos litigieux, ni de pièces établies postérieurement à celle-ci, sauf le cas d'attestations rapportant des faits antérieurs et établissant que le prévenu en avait connaissance au moment de cette diffusion* ». Or, en l'espèce, certains des faits retenus au titre de la base factuelle étaient postérieurs à la diffusion des propos.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 3 novembre 2020, n° 19-85.276 : le refus de publication d'un droit de réponse n'est pas justifié lorsque ladite réponse ne met pas en cause l'honneur du journaliste ou de l'organe de presse de façon disproportionnée au regard de la teneur de l'article initial

En l'espèce, à la suite de la publication, dans le quotidien *Le Journal de l'île de La Réunion*, de deux articles, d'abord, puis de quatre autres, ensuite, la directrice générale de l'Association pour l'Utilisation du Rein Artificiel à La Réunion (AURAR) a successivement fait délivrer au directeur de la publication deux actes d'huissier demandant chacun l'insertion d'une réponse. La première réponse n'ayant pas été insérée et la seconde l'ayant été dans des conditions qui n'étaient pas conformes aux exigences de la loi du 29 juillet 1881, l'intéressée a fait citer le directeur de la publication et la société éditrice du quotidien du chef de refus d'insertion de réponses, délit prévu par l'article 13 de la même loi. Les juges du premier degré ont relaxé le prévenu et la partie civile a relevé appel de cette décision.

S'agissant de la seconde demande d'insertion d'une réponse, la Cour d'appel a

confirmé le jugement et débouté la partie civile. Selon elle, ladite réponse ne concernait que l'AURAR, sans jamais citer le nom de celle de qui cette demande émanait, ni sa fonction de directrice générale, et ne respectait pas, par conséquent, le caractère personnel prévu par la loi. Par ailleurs, selon la Cour d'appel, le fait que, postérieurement aux refus d'insertion, le tribunal correctionnel ait jugé diffamatoires des articles de presse à l'origine de la demande d'insertion ne saurait remettre en cause le caractère légitime de ces refus.

La Chambre criminelle valide ce raisonnement en rappelant que le droit de réponse est strictement personnel et que celui qui entend en user ne peut répondre qu'à sa propre mise en cause, et non à celle d'un tiers, celui-ci aurait-il été également nommé ou désigné dans la publication suscitant la réponse. Par ailleurs, la circonstance que le texte auquel il est répondu soit ultérieurement jugé diffamatoire à l'égard du demandeur à l'insertion est sans incidence sur la caractérisation du délit puisque celui-ci n'a pas à démontrer qu'il a été diffamé par l'article auquel il entend répondre, mais seulement qu'il y a été nommé ou désigné.

S'agissant de la première demande d'insertion d'une réponse, la Cour d'appel a également confirmé le jugement sur les intérêts civils et débouté la partie civile de ses demandes. Tout d'abord, elle a considéré que les termes utilisés dans cette réponse mettaient en cause, pour une partie d'entre eux, le sérieux de l'enquête du journaliste personnellement visé et étaient de nature à porter atteinte à son honneur et à sa considération. Ensuite, elle a affirmé que la relaxe du prévenu étant définitive, il ne lui appartenait pas, en ce qu'elle était saisie du seul appel sur les dispositions civiles, d'ordonner l'insertion des droits de réponse à l'origine de la saisine du tribunal correctionnel.

La Chambre criminelle prononce, ici, une double cassation. Elle considère, en premier lieu, qu'il résulte de l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881 que l'insertion d'une réponse ne peut être refusée que si ladite réponse, notamment, met en cause l'honneur du journaliste ou de l'organe de presse de façon disproportionnée au regard de la teneur de l'article initial. La Haute juridiction judiciaire en déduit que ne porte pas atteinte à l'honneur du journaliste, auteur de

l'article auquel il est répondu, la réponse qui se contente de critiquer, dans des termes proportionnés à cet article, la légitimité du but poursuivi par celui-ci, le sérieux de l'enquête conduite par son auteur, sa prudence dans l'expression ou son absence d'animosité personnelle. Or, en l'espèce, la Cour de cassation est en mesure de s'assurer qu'en affirmant la fausseté de certaines des informations contenues dans les articles litigieux, en relevant que leur auteur n'avait effectué aucune vérification auprès de la personne qu'il mettait en cause et en les qualifiant « *d'attaques injustifiées [...] extrêmement déplaisantes* », la réponse n'a fait que critiquer les méthodes du journaliste, en des termes sévères mais mesurés, qui sont restés proportionnés au ton ironique et péremptoire desdits articles. La Haute juridiction judiciaire affirme, en second lieu, que l'autorité de la chose jugée attachée aux dispositions relatives à l'action publique ne fait pas obstacle au droit, pour la partie civile, seule appelante d'une décision de relaxe, d'obtenir, au cas où une faute civile est démontrée à partir et dans la limite des faits objet de la poursuite, que soit ordonnée par la Cour d'appel, statuant sur les seuls intérêts civils, en réparation du préjudice résultant directement de cette faute, l'insertion d'une réponse.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 4 novembre 2020, n° 20-84.046 : le droit au silence du suspect n'a pas à être notifié à l'occasion de chaque acte par la juridiction d'instruction

En l'espèce, une information contre personne non dénommée a été ouverte du chef d'homicide involontaire. À l'issue de l'information, le juge d'instruction a rendu une ordonnance de non-lieu. Sur l'appel des parties civiles, la Chambre de l'instruction a ordonné un supplément d'information consistant, notamment, en la mise en examen d'un individu du chef d'homicide involontaire. Le juge d'instruction désigné a procédé à l'interrogatoire

de première comparution de l'intéressé qui, à l'issue de celui-ci, a été placé sous le statut de témoin assisté. Par la suite, la Chambre de l'instruction a ordonné un second supplément d'information aux fins de mise en examen de la même personne, laquelle lui a été notifiée.

L'intéressé a alors déposé une requête tendant, notamment, à l'annulation de sa mise en examen au motif que le droit au silence ne lui avait pas été notifié par la Chambre de l'instruction et par le juge d'instruction. Cet argument a été rejeté par les juges du fond dont la décision est confirmée par la Chambre criminelle. Selon elle, en premier lieu, préalablement entendu comme témoin assisté, le demandeur a eu connaissance de son droit de se taire. En second lieu, aucun texte ne fait obligation au magistrat instructeur, de renouveler, à l'occasion de chaque acte, l'avertissement du droit de se taire.

Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil et procédure civile à l'ISP

Civ. 2e, 1er octobre 2020, n° 19-11.490 : Régularisation d'une déclaration d'appel formée devant une cour d'appel incompétente

Une partie avait saisi la cour d'appel de Paris d'un appel dirigé contre un jugement du conseil de prud'hommes de Nanterre, alors que celui-ci relève du ressort de la cour d'appel de Versailles. Prenant conscience de son erreur, l'appelant interjeta, le lendemain, un nouvel appel du même jugement, cette fois-ci, devant la cour d'appel de Versailles. La cour d'appel de Paris déclare irrecevable le premier appel. Saisie d'un déféré à l'encontre de l'ordonnance du conseiller de la mise en état, la cour d'appel de Versailles déclare à son tour irrecevable l'appel formé devant elle, au motif que l'appelant n'avait pas intérêt à former un second appel en laissant subsister son premier appel. Toutefois, la Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel de Versailles. Elle juge que la saisine irrégulière d'une cour d'appel n'interdit pas à son auteur de former un second appel, même sans désistement préalable de son premier appel, sous réserve de

l'absence d'expiration du délai d'appel, tant que le premier appel n'a pas été déclaré irrecevable. En l'espèce, dès lors que le premier appel était irrégulier, car il avait été formé devant la cour d'appel de Paris, et que cette irrégularité n'avait donné lieu au prononcé d'une irrecevabilité que postérieurement à la formation du second appel porté devant la cour d'appel de Versailles, ce dernier appel, introduit dans le délai d'appel, était donc parfaitement recevable.

Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil et procédure civile à l'ISP

Soc. 30 septembre 2020, n° 19-12.058 : Loyauté de la preuve et vie privée

Une salariée avait publié sur son compte Facebook une photographie de la future collection de mode pourtant réservée exclusivement aux commerciaux de la société. La salariée n'avait diffusé cette image qu'à son réseau d'amis, mais parmi eux figuraient outre des collègues, des personnes travaillant pour des structures concurrentes. Un « ami », employé également par la société, informe l'employeur de la situation. La salariée est licenciée pour faute grave, l'employeur invoquant le manquement à l'obligation de confidentialité. L'existence de la faute n'est pas discutable : tout salarié est tenu d'exécuter son contrat de travail de bonne foi, ce qui implique une certaine discrétion sur les informations dont il a connaissance dans l'exercice de ses missions. Mais encore faut-il pouvoir prouver cette faute. Rejetant le pourvoi de la salariée, la Cour régulatrice retient que si en vertu du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, l'employeur ne peut avoir recours à un stratagème, il peut en revanche faire valoir des éléments publiés sur Facebook qui lui ont été communiqués spontanément par un membre du réseau social du salarié. Cet élément de preuve porte certes atteinte à sa vie privée, mais le droit à la preuve peut justifier l'atteinte au droit du salarié.

Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil et procédure civile à l'ISP

Civ. 2e 17 septembre 2020, n° 19-17.673 : Autorité de la chose jugée des décisions du conseiller de la mise en état

Un acquéreur a assigné sur le fondement des vices cachés une société qui lui avait vendu un véhicule. Toutefois, l'acquéreur est débouté par le tribunal de grande instance. La partie relève appel devant la cour d'appel d'Orléans, mais elle est déboutée de l'ensemble de ses demandes et condamnée à payer à la société intimée une somme au titre des frais irrépétibles. Un pourvoi est alors formé, en reprochant à la cour d'appel d'avoir statué au fond alors que le conseiller de la mise en état avait pourtant jugé irrecevables les conclusions de cette société comme notifiées au-delà du délai prévu à l'article 909 du Code de procédure civile et dont l'ordonnance, devenue définitive, avait acquis autorité de chose jugée. La haute cour juge en premier lieu recevable le moyen soulevé devant elle comme étant d'ordre public puisque tiré de la violation de l'autorité de chose jugée et précise que l'ordonnance du conseiller de la mise en état, versée au dossier de la cour d'appel, reposait sur un fait dont la cour avait été mise à même d'avoir connaissance. Quant au bien-fondé du moyen, la deuxième chambre civile, sur le fondement des articles 1355 du Code civil et de l'article 914, dernier alinéa, du Code de procédure civile, juge « *qu'en statuant ainsi, alors que ces conclusions avaient été déclarées irrecevables par une ordonnance du conseiller de la mise en état du 9 janvier 2018, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

Droit des biens

Franck TOURET

Professeur de droit civil et procédure civile
à l'ISP**Civ. 3e, 1er octobre 2020, n° 19-20.737 :
Restitution des fruits et possession de bonne foi**

Dans le cadre de cette affaire, une société demande à une autre de procéder à la vente par lots d'un immeuble. Cette dernière a notifié à un couple de locataires d'un appartement et de divers locaux dans cet immeuble une offre de vente qu'ils n'ont pas acceptée. Les époux ont assigné les deux sociétés en question, y compris une troisième qui a acquis les locaux loués. Les époux assignent en nullité des offres de vente qui leur ont été adressées. La société qui avait sollicité la vente par lots de l'immeuble demande la restitution des loyers versés par les locataires à la société acheteuse. Celle-ci est condamnée à verser lesdits loyers. Une décision qu'elle conteste. Selon elle, « seule la demande en restitution émanant du propriétaire évincé à la suite de la vente annulée a pour effet de constituer possesseur de mauvaise foi, au sens de l'article 549 du Code civil, l'acquéreur ayant perçu les fruits de la chose, en l'obligeant à les restituer ». La Cour de cassation rappelle d'abord, que le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi et que dans le contraire, est tenu de restituer les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique. Elle rappelle ensuite que le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Elle relève également, en vertu d'une jurisprudence constante, qu'à compter de la demande en justice tendant à la résolution ou à l'annulation de la vente, le possesseur ne peut invoquer la bonne foi (Civ. 3e, 27 novembre 2002). Elle ajoute enfin qu'« il importe peu à cet égard que la demande en résolution ou en annulation émane d'un tiers au contrat de vente ». La Haute juridiction confirme ainsi la position de la cour d'appel qui a jugé « que la société X ne pouvait opposer sa bonne foi à la société Y à compter de la demande en annulation de la vente et que celle-ci était fondée à lui réclamer la

restitution des loyers versés par les locataires entre le 1er avril 2007 et le 28 octobre 2016 ».

Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Professeur de droit civil et procédure civile
à l'ISP**Civ. 1re, 2 septembre 2020, no 19-10477 :
Investissement et contribution aux charges de la vie commune**

Dans le cadre de cette espèce, des concubins ont souscrit deux emprunts pour financer les travaux d'une maison d'habitation édifée sur le fonds dont la concubine était seule propriétaire. Après la séparation du couple, le concubin revendique une créance sur le fondement de l'article 555 du Code civil. Les juges du fond ont rejeté la demande, en précisant « qu'aucune disposition légale ne réglant la contribution des concubins aux charges de la vie commune, chacun d'eux doit, en l'absence de convention contraire, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a engagées ». En l'occurrence, l'immeuble a constitué le logement de la famille et les deux concubins ont chacun participé au financement des travaux et au remboursement des emprunts y afférents. Surtout, le concubin n'a pas eu à dépenser d'autres sommes pour se loger ou loger sa famille. Les juges du fond refusent alors d'indemniser le concubin sur le fondement de l'article 555 du Code civil, car les versements qu'il avait réalisés représentaient sa contribution aux charges de la vie commune. Le pourvoi s'oppose à ce raisonnement rappelant la jurisprudence qui retient « que l'article 555 du Code civil a vocation à régir les rapports entre concubins, sauf le cas où il existe entre eux une convention réglant le sort de la construction » (Civ. 3e, 16 mars 2017 qui précise que « l'existence d'une telle convention ne peut se déduire de leur seule situation de concubinage »). En l'espèce, les concubins n'ont conclu aucune convention particulière en vue de la construction. Toutefois, la Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que « de ces énonciations et constatations, faisant ressortir la volonté commune des parties, la cour d'appel a pu déduire que M. S. avait participé au

financement des travaux et de l'immeuble de sa compagne au titre de sa contribution aux dépenses de la vie courante et non en qualité de tiers possesseur des travaux au sens de l'article 555 du Code civil, de sorte que les dépenses qu'il avait ainsi exposées devaient rester à sa charge ». Bien que non appréhendée spécifiquement par le Code civil, la contribution des concubins aux charges de la vie commune progresse en jurisprudence et peut constituer un obstacle à l'indemnisation du concubin.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 10 juin 2020, pourvoi n° 18-15.614 : Rappel important en matière d'abus de majorité.

Après l'arrêt Schumann-Picquart de 1961, l'arrêt du 1^{er} juillet 2003 de la Cour de cassation rendue en matière d'abus de majorité constitue une décision phare, au sens propre comme au sens figuré (Com. 1^{er} juillet 2003). Dans l'arrêt de 2003, la Cour de cassation avait affirmé que l'affectation systématique des bénéficiers aux réserves est susceptible de constituer un abus de majorité. La présente de décision de 2020 se situe dans le fil de cette jurisprudence, en apportant une précision notable (bien qu'évidente) : les deux conditions cumulatives de l'abus de majorité doivent être réunies, soit une décision contraire ou étrangère à l'intérêt social et une décision. En l'espèce, les hauts conseillers décident que pour juger que la mise en réserve systématique, pendant de nombreuses années et sans projet d'investissement ou nécessité de gestion, des bénéficiers d'une société est susceptible de caractériser un abus de majorité, les juges du fond doivent constater en quoi la résolution a été prise dans l'unique dessein de favoriser les majoritaires au détriment des minoritaires. Autrement dit, la deuxième condition doit découler de faits prouvés tels qu'un bénéficière octroyé aux seuls majoritaires et non aux minoritaires (tel est le cas, par exemple, lorsque

les majoritaires sont également dirigeants rémunérés).

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 17 juin 2020, pourvoi n° 19-10.341 : Responsabilité pour insuffisance d'actif et apports.

En certaines hypothèses et sous conditions, dans le cadre du droit des procédures collectives, il est possible de sanctionner les dirigeants de sociétés et certains autres acteurs de la société en difficultés (art. L. 653-1 C. com.) par l'interdiction de gérer en sus d'une responsabilité pour insuffisance d'actifs (art. L. 651-1 et L. 653-1 C. com.). Précisément, en l'espèce, se posait deux questions. Concernant la première, il s'agissait de savoir si l'on peut qualifier de faute de gestion, source de responsabilité, de la part des dirigeants et associés d'une société en raison de l'insuffisance des apports consentis à la société lors de sa constitution au vu de l'objet social. La réponse de la Cour de cassation est pondérée puisque les hauts conseillers affirment que l'insuffisance des apports consentis qui est imputable aux associés ne constitue pas en soi une faute de gestion des dirigeants. La réponse est donc négative de principe ; cependant, deux observations atténuent la portée du principe : d'une part, en cas de confusion des statuts de dirigeant et d'associé ; d'autre part, lorsque d'autres éléments viennent corroborer la faute de gestion des dirigeants, l'insuffisance des apports peut alimenter cette qualification. Concernant la seconde, se posait la question de savoir si la responsabilité pour insuffisance d'actifs et l'interdiction de gérer pouvaient être cumulativement prononcées. Sur ce point, la Cour régulatrice répond de manière positive : la condamnation d'un dirigeant à répondre de l'insuffisance d'actif d'une entreprise en liquidation judiciaire et son interdiction de gérer ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Sous réserve des conditions requises, elles peuvent se

combiner du fait qu'elles n'ont pas le même fondement, ni la même finalité.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 24 juin 2020, pourvoi n° 18-11.958 : Pouvoirs du gérant de SARL et cession d'actif immobilier.

Pour rappel, l'alinéa 5 de l'article L. 223-18 du Code de commerce dispose « *Dans les rapports avec les tiers, le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société, sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux associés. La société est engagée même par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve* ». En l'espèce, le gérant d'une SARL signe une promesse de vente sur un immeuble de la société. L'acheteur tente de se libérer du compromis par tous les moyens possibles, et notamment en arguant que la vente du bien immobilier dépassait les pouvoirs propres du gérant qui, par conséquent, ne pouvait y procéder. Étonnamment, les hauts conseillers ont suivi ce raisonnement en considérant que la preuve du pouvoir du gérant d'engager la société à l'occasion de la vente d'un actif immobilier n'étant pas rapportée, la vente doit être annulée. Sans surprise cette fois, la Cour régulatrice censure l'arrêt d'appel et considère, sur le fondement de l'article L. 223-18 du Code de commerce, d'une part, que le gérant de SARL peut engager la société par des actes et contrats de toute nature et, d'autre part, que sauf exception, même si mes actes ainsi passés par le gérant ne relèvent pas de l'objet social tel que décrit aux statuts, la société n'en est pas moins valablement engagée et de tels actes lui sont opposables par les tiers.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 3^{ème}, 9 juillet 2020, pourvoi n° 18-25.329 : Le droit de repentir du bailleur commercial, un droit fort.

Le bailleur commercial peut effectivement refuser le renouvellement du bail au preneur sous la condition de lui payer une indemnité d'éviction. En vertu de l'article L. 145-14 alinéa 1^{er} du Code de commerce, l'indemnité d'éviction doit être « *égale au préjudice causé par le défaut de renouvellement* ». Parce que son montant calculé en vertu de l'alinéa 2 du même texte peut parfois être très important, parce que ce montant peut dépasser l'intérêt du bailleur de récupérer la jouissance de son bien, parce qu'au final, il peut être préférable pour toutes les parties de poursuivre la relation contractuelle, l'article L. 145-58 du Code de commerce offre au bailleur un droit de repentir, c'est-à-dire le droit de se soustraire, sous conditions, au paiement de l'indemnité d'éviction et renouveler finalement le bail. La question posée à la question, en l'espèce, tenait à la motivation du droit de repentir du bailleur : ce droit lui est-il offert si l'unique raison qui justifie le repentir du bailleur est d'éviter le paiement de l'indemnité ? La réponse donnée par la Cour de cassation est sans ambages et positive : il n'y a pas de faute dans l'exercice du droit de repentir du bailleur alors qu'il est seulement motivé par la volonté de non-payer l'indemnité. Non seulement le repentir du bailleur peut être motivé par l'unique volonté de ne pas payer l'indemnité, mais encore dans la plupart des cas, c'est la motivation principale. Au surplus, le texte ne porte aucune obligation de motivation à la charge du bailleur qui exerce son droit de repentir (art. L. 145-58 C. com.).

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Ordonnance n° 2020-1142 du 16 septembre 2020, JO du 17 septembre 2020 : Recodification du code de commerce – création d'un chapitre relatif aux sociétés cotées.

L'ordonnance crée, à partir du 1^{er} janvier 2021, d'un nouveau chapitre au sein du Code de commerce entièrement consacré aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou équivalent. Jusqu'à présent, il convient de rappeler que les dispositions relatives aux sociétés cotées étaient intégrées aux dispositifs relatifs à telles ou telles formes sociales, particulièrement au sein du droit de la société anonyme et du droit de la société en commandite par actions. Aussi, le droit des sociétés cotées côtoyait au risque de la confusion le droit des sociétés non cotées. Cette recodification a été réalisée par ordonnance, dès lors que le Gouvernement a été habilité pour ce faire par la loi PACTE du 22 mai 2019. L'habilitation permettait au Gouvernement de « *procéder aux mesures de coordination, d'harmonisation et de simplification nécessaire* ». Demeure que la recodification s'est faite uniquement à droit constant. Et l'objectif est atteint : la lisibilité du Code de commerce s'en trouve améliorée. Le nouveau droit des sociétés cotées acquiert ainsi une certaine autonomie : situé dans le chapitre X du titre II du livre II du Code de commerce (art. L. 22-10-1 C. com.), il constitue un droit d'exception par rapport au droit commun de la SA et de la SCA.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 23 septembre 2020, pourvoi n° 19-12.542 : L'article L. 650-1 du Code de commerce bénéficie-t-il au banquier ?

Une procédure de liquidation judiciaire est ouverte à l'encontre d'une société et de l'un de ses associés. En réaction, la société et l'associé agissent contre leur banquier en rupture abusive de crédit. Les juges du fond repoussent leur demande considérant qu'aucune des causes permettant d'engager la responsabilité du banquier au visa de l'article L. 650-1 du Code de commerce. Pour rappel, ce texte pose une immunité – ou irresponsabilité – de principe des créanciers tout en envisageant des exceptions ; en effet, l'alinéa 1^{er} du texte dispose que « *Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci* ». La Cour de cassation censure l'arrêt de cour d'appel pour fausse application de l'article L. 650-1 du Code de commerce. En effet, la Cour régulatrice décide que les retraits de crédit consentis à la société lorsque cette dernière fait l'objet d'une procédure collective sont exclus du champ d'application de l'article L. 650-1 C. com. Cette solution a été répétée par la Haute juridiction dans un autre arrêt du même jour (Com. 23 septembre 2020, pourvoi n° 18-23.221) et rappelle celle déjà énoncée à propos du devoir de mise en garde du banquier (Com. 20 juin 2018).

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1^{ère}, 9 septembre 2020, pourvoi n° 19-11.882 : L'exploitant d'un magasin n'est pas tenu d'une obligation de sécurité de résultat à l'égard de la clientèle.

Attention : revirement de jurisprudence ! L'ancien article L. 221-1, devenu article L. 421-3 du Code de la consommation, édicte une obligation générale de sécurité en matière de produits et de services aux consommateurs. Dans un arrêt de 2017, la

première chambre civile de la Cour de cassation avait cru pouvoir déduire de ce texte une obligation de sécurité de résultat à la charge de l'exploitant d'un magasin à l'égard de la clientèle (Civ. 1^{ère}, 20 septembre 2017). Une telle solution avait le mérite de faire sortir les accidents de la clientèle d'un magasin du giron du droit commun et du sempiternel débat entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Cependant, la solution était critiquable à plusieurs égards : non seulement en raison de la restriction consécutive à la notion même de consommateur mais aussi au regard du forçage du texte du Code de la consommation. La Cour régulatrice a entendu les critiques et porte dans la présente décision, un revirement de jurisprudence. Sur le fondement de l'article susvisé du Code de la consommation et sur celui de l'article 1242 alinéa 1^{er} du Code civil, les hauts conseillers décident que « *la responsabilité de l'exploitant d'un magasin dont l'entrée est libre ne peut être engagée, à l'égard de la victime d'une chute survenue dans ce magasin et dont une chose inerte serait à l'origine, que sur le fondement de [l'article 1242 alinéa 1^{er} du Code civil], à charge pour la victime de démontrer que cette chose, placée dans une position anormale en mauvais état, a été l'instrument du dommage* ».

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1^{ère}, 21 octobre 2020, pourvoi n° 19-18.689 : Un grand arrêt en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

La présente décision constitue un beau récapitulatif des principes qui gouvernent la matière. La Cour de cassation fait ainsi preuve d'une exceptionnelle pédagogie dans l'exposé de son raisonnement et dans l'interprétation des articles 1245 et suivants du Code civil. Pour en saisir la portée, il convient de revenir sur les faits de l'espèce. En 2004, lors de l'ouverture d'une cuve de traitement d'un pulvérisateur, M. X, agriculteur, a accidentellement inhalé les vapeurs d'un herbicide commercialisé par la

société Monsanto. L'herbicide sera retiré du marché en 2007. M. X assigne la société Monsanto en réparation de son préjudice corporel. Les juges du fond font droit à M. X. La société Monsanto se pourvoit en cassation arguant de la non-application des articles 1245 et suivants au litige et contestant sa responsabilité si ce régime devait trouver à s'appliquer. Sur l'application du dispositif, la Haute juridiction rappelle que les dispositions de la loi de 1998, devenues les articles 1386-1 et suivants du Code civil, devenus les articles 1245 et suivants du Code civil, s'appliquent aux produits dont la mise en circulation est postérieure à la date d'entrée en vigueur de la loi. La date de la mise en circulation du produit s'entend, dans le cas des produits fabriqués en série, de la date de commercialisation du lot dont il fait partie. Ici, le produit litigieux a été livré en 2002 par la société Monsanto. Sur la responsabilité de cette société, la Cour régulatrice confirme la solution des conseillers d'appel en développant trois points : d'abord, la société Monsanto se présentant comme producteur, sa responsabilité peut être engagée ès-qualité en vertu de l'article 1245-5 du Code civil. Ensuite, la Cour régulatrice analyse les conditions de la responsabilité du fait des produits défectueux pour affirmer que le dommage corporel de M. X est imputable au produit dès lors que des indices graves, précis et concordants permettant d'établir un lien entre l'inhalation de celui-ci et ce dommage, soit un lien causal entre le défaut et le dommage. Enfin, quant aux moyens d'exonération invoqués par la société Monsanto, la Cour de cassation décide que la société n'est pas fondée à invoquer une exonération de responsabilité pour risques de développement (en 2002, la société Monsanto avait toute latitude pour connaître le défaut lié à l'étiquetage du produit et à l'absence de mise en garde sur la dangerosité particulière des travaux) ni la prétendue faute de la victime (quand bien même Monsieur X aurait eu les protections adéquates, ces protections auraient été en l'occurrence inefficace). Par conséquent, la responsabilité de la société Monsanto est engagée sur le fondement des articles 1245 et suivants du Code civil.

Culture Générale

David BRACQ

Auditeur de justice

Chronique : *L'Idolâtrie de la vie* d'Olivier Rey (Tracts Gallimard)

La jeune collection « Tracts Gallimard » offre régulièrement tribune à de (grandes) voix du débat intellectuel pour commenter les mouvements et l'actualité du monde. L'ISP vous soumet ce mois-ci *L'Idolâtrie de la vie* d'Olivier Rey, mathématicien et philosophe.

L'opuscule s'ouvre sur un retour historique : les cahiers de doléances rédigés en vue des États généraux de 1789 révèlent que les femmes et les hommes de 1789 n'étaient pas mus par l'ardent désir de faire triompher la liberté et l'égalité mais bien davantage par la peur de la disette après les mauvaises récoltes de 1788 ; « tout simplement ils mourraient de faim et désiraient cesser de mourir », écrivait l'académicien Émile Faguet. Pourtant, les famines n'étaient pas chose rare durant les siècles précédents et, en dépit de quelques révoltes sporadiques, nul ne songeait à accabler le pouvoir des désordres du moment. Olivier Rey pointe un changement survenu au cours du XVIIIème siècle : l'administration royale s'employa à prévenir les famines par le contrôle des prix et du niveau des récoltes. Or, le résultat de cette politique fut « le développement d'une nouvelle tendance dans l'opinion : une propension à considérer qu'un défaut de subsistances était imputable au gouvernement ». L'auteur voit dans cette tentative première de l'administration royale de prendre en charge le *welfare* de sa population l'origine du « jeu pervers » par lequel la conjugaison des exagérations des promesses électorales (changer la vie, mettre fin à la crise...) et la tendance des individus à s'en remettre en toute chose à l'autorité tutélaire de l'État nourrissent des attentes démesurées ne pouvant être que déçue. Ce n'est rien d'autre qui se joua autour de l'épineuse question des masques au printemps dernier : craignant d'apparaître impotent, l'État n'a voulu faire aveu de faiblesse

en reconnaissant son imprévoyance et a nié, contre l'évidence, le problème.

Olivier Rey lie ce mécanisme avec une autre caractéristique de la société moderne, la « croissance de la pénurie » qui frappe les grandes institutions de la vie sociale, et notamment le système de santé dont les succès ont démultiplié les attentes : « on se met à attendre de lui qu'il devienne un guérisseur universel. [...] Dès lors, en cas de crise sanitaire, la puissance publique sera automatiquement tenue responsable des morts qu'elle n'aura pas su éviter. [...] Dès lors que l'on réclame du système de "santé" qu'il soit capable de faire face à toutes les situations, il y aura nécessairement des situations où il manquera de ressources ».

Après quelques pages fustigeant l'illusion d'une croissance infinie de la capacité de l'État à répondre aux attentes des citoyens en ce que cette capacité est précisément assise sur l'illusion d'une croissance économique illimitée dans un monde fini, Olivier Rey livre une passionnante critique de la modernité et de sa religion du progrès, à l'origine d'une « idolâtrie de la vie ». Il commence par rappeler à quel point les impératifs de santé publique sont intimement liés avec le processus de la mondialisation : d'abord parce que la bonne santé des populations est la condition de leur disponibilité en tant que force de travail, ensuite par ce que « à partir du moment où, de manière plus en plus affirmée au cours des derniers siècles, on a reconnu dans l'individu, non plus un membre de la communauté, mais l'élément premier de la société, il a fallu justifier l'existence de la société par les bénéfices qu'en retirait l'individu. » Se comprend, dès lors, la priorité accordée par nos gouvernants à la vie sur l'économie durant la gestion de la crise sanitaire : « c'est le bien supérieur de l'économie qui exigeait la mise à l'arrêt de l'économie ».

L'auteur développe ensuite l'idée selon laquelle la « sortie de la religion » (Marcel Gauchet) en tant que principe structurant les sociétés et les esprits ayant accompagné l'irruption de la modernité a « laissé derrière elle une grande quantité de religiosité errante en quête de points de fixation. La "vie" s'est proposée comme l'un de ces points ». Autrement dit, l'abandon de l'idée du salut dans un autre monde promis par le christianisme a conduit les Hommes à

sanctifier leur existence ici-bas et à entretenir une panique irrésolue face à la souffrance et à la mort. Or, un tel désir de conservation pave la voie de l'acceptation de se soumettre à un pouvoir absolu en échange de sa protection...

Culture Générale

David BRACQ

Auditeur de justice

Le défi(cit) démocratique de l'exécutif par temps de crise

Prorogation de l'état d'urgence sanitaire, multiplication des ordonnances, décisions prises par un mystérieux Conseil de défense... Bousculé par les tumultes d'une triple crise inédite, sanitaire, économique et terroriste, le gouvernement fait depuis plusieurs mois un usage contesté des prérogatives exorbitantes que lui offre la constitution au nom des nécessités de de l'action. Mécontents de se voir relégués au rôle de chambre d'enregistrement de mesures décidées sans eux et inquiets quant à notre régime de libertés, les députés de l'opposition se rebiffèrent en votant la prolongation de l'état d'urgence jusqu'au 14 décembre seulement, contre l'avis du gouvernement qui proposait le 16 février.

Dans *Le Bon gouvernement*, Pierre Rosanvallon restitue cette question de l'équilibre entre pouvoirs exécutif et législatif dans l'histoire longue de la démocratie et de ses débats. Il y décrit le processus de bascule des démocraties occidentales d'un modèle « parlementaire-représentatif », édifié sur les deux principes du règne de la loi (émancipatrice car impersonnelle) et de l'avènement d'un peuple-législateur (source de la légitimité), vers un « modèle présidentiel-gouvernant » marqué par la prééminence d'un l'exécutif qui incarne aujourd'hui le pouvoir politique aux yeux des citoyens. Ce mouvement, amorcé au début du XXème siècle avec l'expérience des guerres qui exigeaient que le pouvoir fasse preuve d'autorité, puis le développement de champs d'intervention des politiques publiques échappant à la loi, tels que l'économie ou l'emploi, a abouti à ce que l'on nomme

aujourd'hui la « présidentialisation » des démocraties occidentales. Cette évolution est patente en France avec l'avènement de la Vème République puis l'élection de son président au suffrage universel direct en 1962.

Or, si le modèle « présidentiel-gouvernant » est bel et bien démocratique puisqu'il procède de l'élection au suffrage universel, Pierre Rosanvallon juge que nous ne sommes pas gouvernés démocratiquement, faute d'établir une « théorie démocratique du gouvernement », soit un code des relations entre le pouvoir exécutif et les citoyens qui l'élisent. En d'autres termes, nous sommes confrontés aux impasses d'une « démocratie d'autorisation », comprise comme un simple mécanisme de nomination des dépositaires du pouvoir politique sans que l'élection ne se prolonge en un contrôle démocratique effectif. Ces réflexions font sans doute écho à la situation d'un pouvoir exécutif critiqué pour sa gestion autarcique de la crise et peinant à susciter l'adhésion. Comment, dès lors, doit s'incarner le « bon gouvernement » ?

Pour ce faire, Pierre Rosanvallon nous invite à inclure le pouvoir exécutif dans le cadre d'une « démocratie d'exercice ». D'abord en prévoyant les mécanismes d'une « appropriation citoyenne du pouvoir » à la façon dont le Parlement contrôle l'exécutif : garantie de la lisibilité de l'action gouvernementale afin que tous puissent la comprendre et la discuter, extension des mécanismes de responsabilité politique face aux citoyens... Ensuite, en définissant les qualités personnelles requises pour être un bon gouvernant (intégrité, parler vrai...) et fonder ainsi un pacte de confiance entre ceux qui assument cette charge et leurs électeurs.

Culture Générale

David BRACQ

Auditeur de justice

5G : le progrès technique est-il moral ?

« La France va prendre le tournant de la 5G parce que c'est le tournant de l'innovation. Et j'entends beaucoup de voix qui s'élèvent pour

nous expliquer qu'il faudrait relever la complexité des problèmes contemporains en revenant à la lampe à huile. Je ne crois pas au modèle Amish. » C'est par ces mots que le président de la République répondait, le 14 septembre, à la tribune d'une soixantaine d'élus exhortant le gouvernement à décider d'un moratoire sur le développement de la 5G au nom de son impact environnemental.

Ce faisant, Emmanuel Macron prenait résolument le parti du progrès technique et renvoyait les suspicieux aux rangs d'un conservatisme folklorique. D'un côté, le camp de la raison et des Lumières d'un Condorcet qui, dans *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, liait le progrès matériel et moral de l'humanité au développement de la science et des techniques. De l'autre, le camp des critiques d'un modernisme technophile qui, aveugle à son impact écologique, poursuivrait une absurde quête de croissance.

Le débat est de taille : la transition vers un modèle de société écologiquement soutenable est-elle soluble dans notre civilisation technicienne ? En dépit de l'optimisme affiché par notre président, légitimement inspiré par la certitude d'un suicide économique si la France demeurait au ban cybernétique des nations, l'idée de progrès n'a pourtant cessé d'être questionnée depuis les catastrophes du XX^{ème} siècle. C'est ainsi que Jacques Ellul invitait à rompre avec le « système technicien », selon le titre d'un ouvrage 1977, et l'idée professant que l'amélioration d'une technique suffirait en soi à en justifier l'intérêt.

Pour l'éminent penseur bordelais, la technique n'est pas un simple outil à la disposition des Hommes afin de régler les contraintes de la vie matérielle mais une véritable idéologie selon laquelle toute chose doit se soumettre à la recherche de l'efficacité. De ce point de vue, il est naturel que le déploiement de la 5G soit accueilli comme hautement désirable puisque celle-ci augmente les performances des télécommunications. Or, et c'est bien là le nœud du problème, Jacques Ellul voit dans cette mécanique un piège dont il est impossible de s'extraire : la technique ne fait la démonstration de son utilité que par son efficacité... technique. Elle est donc juge d'elle-même (elle est « auto-référencée ») puisqu'elle

seule est capable de discuter de l'efficacité comparée de différents procédés.

Ainsi se comprend la dynamique du « système technicien » qui se présente comme une organisation totale de la vie sociale ignorant toute réflexion quant aux fins souhaitables autre que celle de la marche indéfinie de l'innovation. La délibération politique se trouve donc neutralisée par ce que Jacques Ellul appelle « l'éthique technicienne » selon laquelle tout ce qui est techniquement possible est moralement souhaitable.

Pourtant, Jacques Ellul ne condamne pas en soi tel ou tel outil mais invite à s'interroger sur le monde qui résultera de son développement au-delà du seul profit personnel et immédiat susceptible d'en être tiré : « Ce n'est pas la technique qui nous asservit mais le sacré transféré à la technique », écrivait-il dans *Les Nouveaux Possédés*. Or, n'est-ce par précisément ce que font les Amish qui, lorsque qu'ils sont confrontés à une nouvelle technique, l'examinent collectivement pour déterminer si elle servirait le bien collectif ?

Les vidéos, podcasts et autres ressources

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

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

La France est-elle en proie au « séparatisme islamiste » ?

Depuis quelques semaines, c'est le débat qui agite la classe politique. Pourtant, dès janvier, le Président de la République avait affirmé : « il y a dans notre République aujourd'hui, ce que j'appellerais un séparatisme ». En février, en marge d'un déplacement en Alsace, il réitérait son propos affichant sa détermination à combattre toute forme de « repli communautaire », et désignant une fois de plus « le séparatisme islamiste » comme l'« ennemi » à abattre dans la République.

Lors de son discours au Panthéon, pour célébrer les 150 ans de la République, il y a quelques jours à peine, Emmanuel Macron a même annoncé qu'un projet de loi de lutte contre les séparatismes allait être présenté « dès cet automne », mais finalement aussitôt gelé.

Car la question ne fait pas l'unanimité : la France est-elle, oui ou non, en proie au « séparatisme islamiste » ?

Pour en parler, nous recevons Samir Hammal, professeur d'institutions politiques à Sciences Po et enseignant de Culture Générale à la Prépa ISP.

<https://soundcloud.com/prepaisp/la-france-est-elle-en-proie-au-separatisme-islamiste>

La discipline pénitentiaire

Qu'elles soient prévenues ou condamnées, les personnes détenues sont soumises au régime disciplinaire de l'établissement pénitentiaire dans lequel elles sont incarcérées. En cas de non-respect de celui-ci, une procédure disciplinaire peut être engagée par l'administration.

Au cœur de cette procédure se trouve la commission de discipline des établissements pénitentiaires, qui se tient au sein même de la détention et qui est chargée de sanctionner les manquements des personnes détenues au règlement intérieur de l'établissement. C'est une commission de droit administratif, qui réunit des membres de l'administration pénitentiaire mais aussi, et peu de personnes le savent, un citoyen-assesseur.

Pour en parler, je reçois aujourd'hui Paul-Eloi Hébert, assesseur extérieur en commission de discipline au centre pénitentiaire d'Aix-Luynes et membre de l'ANAEC, l'Association Nationale des Assesseurs Extérieurs en Commission de discipline des établissements pénitentiaires.

<https://soundcloud.com/prepaisp/la-discipline-penitentiaire>

Le Président des États-Unis est-il l'homme le plus puissant du monde ?

Plus que quelques jours avant l'élection présidentielle américaine. Jamais un scrutin interne n'aura suscité un tel suspens, même en dehors des frontières de la plus puissante démocratie du monde. Depuis le débat télé Trump/Biden aux allures de match de boxe jusqu'à l'annonce de la contamination au coronavirus du locataire de la Maison blanche, le monde entier a les yeux rivés sur les États-Unis. Mais pourquoi un tel intérêt pour une élection ?

Pour en parler, je reçois aujourd'hui Samir Hammal, professeur d'institutions politiques à Sciences Po et bien sûr enseignant de culture générale à la Prépa ISP.

<https://soundcloud.com/prepaisp/le-president-des-etats-unis-est-il-lhomme-le-plus-puissant-du-monde>

10 questions sur le racisme

C'est un des maux de l'homme et de son histoire. C'est d'autant plus vrai s'agissant de l'histoire contemporaine.

Le racisme trouve un terreau fertile dans le populisme d'où sa résurgence. En témoignent les propos récents d'un éditorialiste français qui va heureusement lui valoir des poursuites pénales.

En témoignent encore les propos d'un Président des Etats-Unis qui demandent à un groupe d'extrême droite les Proud boys de se « tenir prêts ».

A ces éléments s'ajoutent, aux Etats-Unis toujours, l'affaire Georges Floyd. En France, le lien sinon l'amalgame est fait avec l'affaire Adama Traoré. Et la police est accusée de racisme.

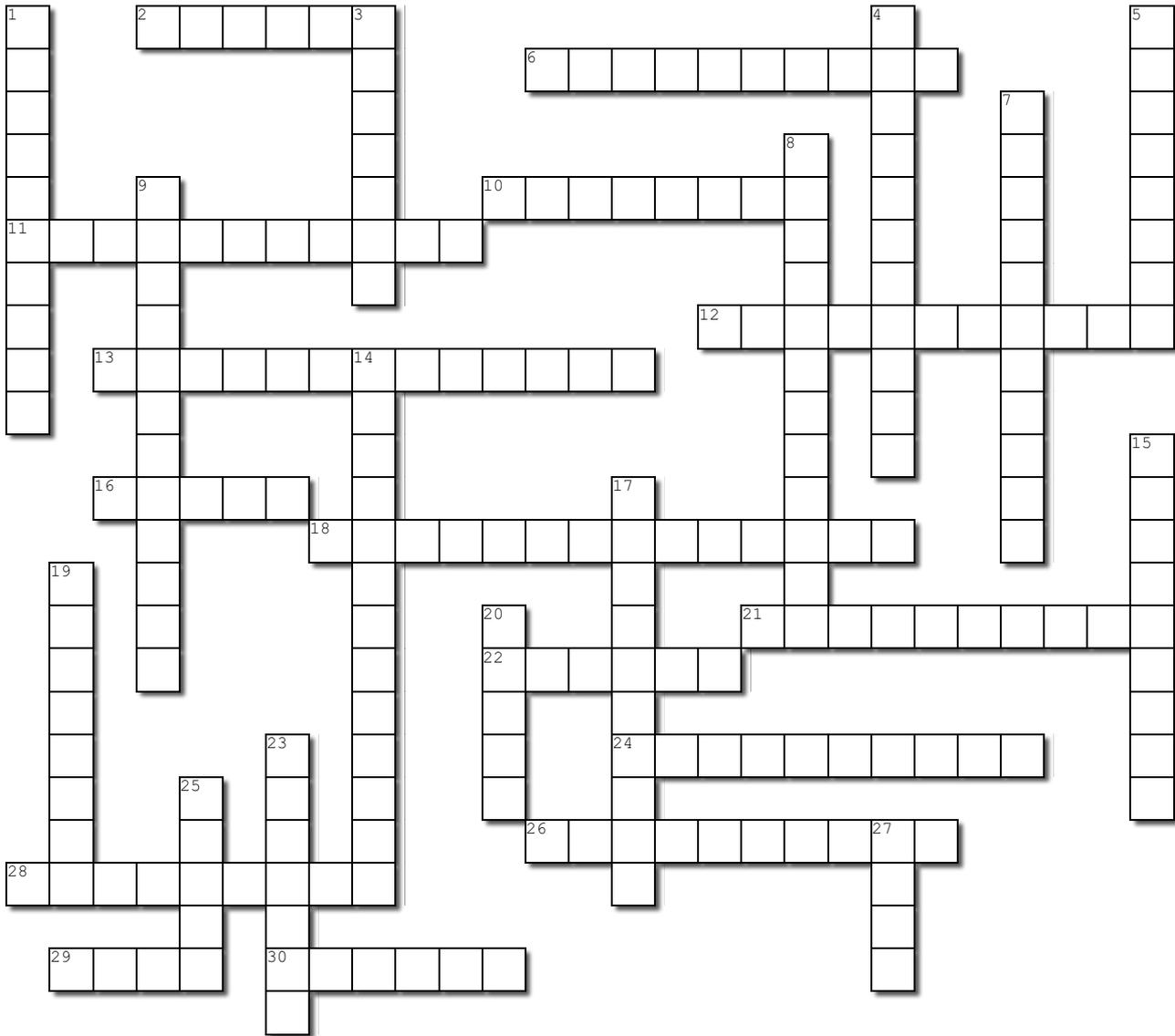
Paradoxe ultime, les communautés victimes de ce racisme développent une défiance voire une haine des autres communautés / races encore que le mot soit mal employé.

Pour nous éclairer sur cette question si sensible, nous recevons Philippe Mazet, professeur de culture générale au sein de la Prépa ISP.

<https://soundcloud.com/prepaisp/10-questions-sur-le-racisme>

Mots croisés de l'ISP

La solution dans notre prochain BMA.



Created using the Crossword Maker on TheTeachersCorner.net

Horizontal

2. civils, ce sont les revenus périodiques du capital
6. droit pour la victime d'un dommage
10. expert chargé de faire une évaluation technique
11. groupement de personnes unies dans le but de réaliser une action commune
12. moral, sexuel ou téléphonique ?
13. se dit de la responsabilité suite à un engagement volontaire
16. le trésor de guerre des avocats
18. obligation de réparation
21. anéantissement d'un contrat
22. procédure simplifiée d'urgence
24. suppression d'une règle normative
26. mesure relevant du domaine de la loi prise par le gouvernement
28. dommage volontaire ou involontaire causé à autrui
29. juridictionnelle pour les plus modestes
30. La Gisèle de la cause des femmes

Vertical

1. sociale, de service ou compensatoire
3. moyen de vote par bulletin
4. rivalité commerciale
5. plus beau en diamant qu'électronique
7. revendication généralement écrite
8. personne qui possède
9. utilisation de biens et de ressources
14. prestation de rééquilibrage de la situation matérielle
15. jugement qui a autorité de chose jugée
17. mesure de protection juridique de courte durée
19. Président du Conseil Constitutionnel 9 ans et Garde des sceaux 4 ans
20. décision confirmative ou infirmative
23. arrêt qui consacre la théorie de la loi écran
25. action qui cause un dommage
27. juridiction d'indemnisation des victimes



CRISP

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation

