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

N° 52 – 2021

Sommaire

L'édito	p. 3
Les articles du mois	p. 7
L'actualité	p. 20
Les vidéos, podcasts et autres ressources	p. 51

The logo for CRISP, with 'CR' in red and 'ISP' in black, set against a white background with 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.

Les articles du mois

La mise en l'état par Franck Touret

&

Logiques du complotisme par David Bracq

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

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

Philippe MAZET

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

Franck TOURET

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

Jacob BERREBI

jacob.berrebi@prepa-isp.fr

Vanessa MAURICIO

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

Julie HABERMAN

julie.haberman@prepa-isp.fr**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

La plaidoirie de Richard Malka au procès des assassins de Charlie et de l'Hypercacher. Un modèle de dignité et d'intelligence, avec quelques utiles leçons d'Histoire, dont certains ne sortent pas grandis :

« Le temps qui passe, les contretemps, les renvois d'audience, les déficiences et les indécences de certains, tout cela ne peut rien changer à la profondeur de notre chagrin. Celui d'être privé de l'intelligence, du talent et de la bonté de ceux qui ne sont plus. Alors on cherche un sens. C'est le seul moyen de le supporter. Un sens à ce qui est arrivé. Un sens à ce procès.

Il a été épique, tragique, tourmenté. Il a déclenché la fureur du monde. Il a été ponctué d'attentats. Il nous a livré la parole bouleversante des victimes et nous a perdus dans les tentatives d'explication des accusés. Son sens c'est évidemment, et d'abord, de juger ces accusés. C'est de démontrer que le droit prime la force. Tout cela est déjà énorme, et dans n'importe quel procès ce serait suffisant. Mais pas là. Pas au regard des crimes commis. Les attentats de l'Hyper Cacher et de Charlie ne sont pas que des crimes. Ils ont une portée politique, philosophique, métaphysique. Ils convergent vers la même idée, ils ont le même but. Quand Coulibaly tue des juifs, il ne tue pas que des juifs, il tue l'autre. Charlie Hebdo aussi, c'est l'autre. Le sens de ces crimes, c'est l'annihilation de l'autre, de la différence. Si l'on ne répond pas à cela, on se sera arrêté en chemin.

Cette cour n'a pas pour objet de protéger la liberté et l'altérité. Mais de la même façon que vous avez organisé ce procès en deux temps, celui des victimes et celui des accusés, il faut accepter qu'il y ait deux procès en un. Celui des accusés et celui des idées que l'on a voulu assassiner. Ces fameuses valeurs républicaines ébranlées. Ces crimes ne sont pas des crimes comme les autres et ce procès ne peut pas être un procès comme un autre. Il doit tenir compte de sa dimension symbolique. Et mon rôle, comme avocat de la personne morale Charlie Hebdo sera de m'attacher à ce second volet.

Je ne plaide pas pour l'histoire. Je n'en ai rien à faire, de l'histoire. Je veux plaider pour aujourd'hui, pas pour demain. Pour les hommes d'ici et maintenant, pas pour les historiens du futur. Le futur, c'est comme le ciel, c'est virtuel. C'est à nous, et à nous seuls, qu'il revient de s'engager, de réfléchir, et parfois de prendre des risques pour rester libres d'être ce que nous voulons. C'est à nous, et à personne d'autre, de trouver les mots, de les prononcer pour recouvrir le son des couteaux sous nos gorges. A nous de rire, de dessiner, de jouir de nos libertés, face à des fanatiques qui voudront nous imposer leur monde de névroses et de frustrations. C'est à nous de nous battre pour rester libres. C'est ça qui se joue aujourd'hui.

Rester libre, cela implique de pouvoir dire ce que l'on veut des croyances sans être menacé de mort, abattu par des kalachnikovs ou décapité. Or, ce n'est plus le cas aujourd'hui dans notre pays. Pendant ce procès, un enseignant a été coupé en deux. Pendant ce procès, on a tué dans une basilique. On a atrocement blessé rue Nicolas-Appert. On a menacé dans plusieurs communiqués, dont un d'Al-Qaida.

Le message de ces terroristes est clair. Ils nous disent : vos mots, vos indignations ne servent à rien. On continuera à vous tuer. Vos juges, vos procès, sont indifférents. Vos lois sont des blagues, nous ne répondrons qu'à celles du Ciel. Ils nous disent de renoncer à la liberté parce qu'un couteau et un hachoir seront plus forts que 67 millions de Français, une armée et une police. C'est l'arme de la peur pour nous faire abandonner un mode de vie construit au fil des siècles. Et évidemment, ça ne s'arrêtera pas aux caricatures, ni même à la liberté d'expression. Ils détestent nos libertés. Ils ne s'arrêteront pas, parce que nous sommes un des rares peuples au monde à être porteur d'un universalisme qui s'oppose au leur.

Qu'est-ce que cette nouvelle guerre qui oppose des dessinateurs avec leurs crayons, des enseignants avec leur tableau, à des fanatiques armés de kalachnikovs ou d'ustensiles de boucherie ? Par quel enchevêtrement d'idées, de discours et d'errements en est-on arrivé à ce que, pour la première fois dans le monde occidental

depuis la fin de la guerre, un journal soit décimé, avant de devoir se retrancher dans un bunker à l'adresse secrète ? Qui a nourri le crocodile en espérant être le dernier à être mangé ? Parce que c'est toujours la même chose : quand on est confronté à la peur, certains choisissent de pactiser.

L'histoire que je vais vous raconter est notre histoire à tous. C'est en partie, Messieurs, celle qui vous a amenés dans ces box, alors j'espère qu'elle va vous intéresser.

Le compte à rebours s'est déclenché à Amsterdam le 2 novembre 2004. Theo Van Gogh était un journaliste et un réalisateur pas sympathique. En 2004, il réalise *Submission* pour dénoncer la soumission des femmes dans l'islam. Le 2 novembre 2004, il est abattu dans une rue d'Amsterdam de huit balles dans le corps par un jeune islamiste de tendance takfiriste [une sous-branche du salafisme]. Ensuite il est égorgé, et on lui plante deux poignards dans le torse. Sur l'un de ces poignards, un petit mot de menaces de mort contre les juifs. C'est la matrice de 2015 et de ses deux obsessions : la liberté d'expression et l'antisémitisme.

A la suite de cet assassinat, un autre écrivain, danois cette fois, Kare Bluitgen, veut écrire un livre sur la vie de Mahomet dans un souci pédagogique à destination de la jeunesse. Il cherche un illustrateur. Tout le monde refuse. La peur a déjà gagné. Alors, le 17 septembre 2005, il écrit dans un journal pour dénoncer l'autocensure dès qu'il s'agit de l'islam. Flemming Rose, rédacteur en chef des pages culture du *Jyllands-Posten*, un journal de centre droit qui serait l'équivalent chez nous du *Figaro*, va demander au syndicat des caricaturistes danois comment il représente Mahomet. Le 30 septembre 2005, ces caricatures sont publiées. Pendant deux mois, il ne se passe pas grand-chose.

Cette affaire ne va prendre sa véritable ampleur qu'à raison d'une escroquerie à la religion. Elle a été commise par des imams danois de la mouvance des Frères musulmans, essentiellement des salafistes. En décembre 2005, ces imams partent faire le tour des capitales arabes pour mobiliser les Etats musulmans contre ces méchants danois islamophobes. Et pour le prouver, ils constituent un dossier, comprenant les caricatures. Ce dossier, on l'a récupéré.

Le problème, c'est que dans ce dossier, ils ont ajouté trois dessins qui n'y figuraient pas. Deux d'entre eux viennent d'un site de fous furieux, des suprémacistes blancs américains. Un autre vient de France, il n'a rien à voir avec l'islam, c'est un dessin sur la Fête du cochon à Tulle en Corrèze. Et les imams disent : « Voilà comment on représente l'islam en Occident. » Et alors là évidemment, sur le fondement de cette supercherie, de cette mystification, le monde s'embrase. Et il y a des manifestations, des morts, des drapeaux brûlés. Ils ont allumé le feu et ils nous traitent d'incendiaires ? Alors oui, c'est dur d'être aimé par des cons d'intégristes mais c'est encore plus triste d'être instrumentalisé par des escrocs !

Puis vient le temps de la récupération politique. En janvier 2006, la très officielle Organisation de la conférence islamique, qui regroupe 57 pays, va saisir l'ONU et lui demander d'obliger tous les pays du monde à interdire la critique des religions. Voilà comment une escroquerie va tenter d'obtenir une modification du droit mondial sur la liberté d'expression !

Et c'est là que l'on va commencer à nourrir le crocodile. Le 3 février 2006, le cheikh Al-Qaradawi, guide spirituel des Frères musulmans, déclare un « Jour de la colère ». Le même jour, Jacques Chirac, Bill Clinton et le secrétaire général de l'ONU, Kofi Annan, déclarent que « les journaux ayant contribué à diffuser les caricatures ont fait un usage abusif de la liberté de parole » et font appel à plus de respect envers les sentiments religieux

On en est arrivé là : le monde a cédé devant l'obscurantisme, la vérité a été recouverte par le mensonge. Et ceux qui détestent nos libertés ont senti le sang de nos démocraties et ça leur a donné de l'appétit. L'opération d'Al-Qaradawi a parfaitement réussi.

Cette histoire des caricatures, il faut la connaître. Il faut la répéter, il faut l'enseigner. [Le premier ministre canadien] Justin Trudeau connaît-il cette histoire, lui qui nous donne des leçons d'accommodements raisonnables pendant ce procès ? Le président [turc, Recep Tayyip] Erdogan, qui nous fait des leçons d'antiracisme, connaît-il cette histoire ? Savent-ils que tout cela n'a pas été commis par nous ?

Mais la machine va se gripper. La machination politique ne va pas aller jusqu'au bout. France Soir va publier ces caricatures en France, son

directeur [Jacques Lefranc] sera immédiatement limogé et Charlie Hebdo va reprendre ces caricatures et les publier par solidarité. En 2007, nous sommes poursuivis par l'UOIF [Union des organisations islamiques de France] et la mosquée de Paris, nous gagnons le procès. On croyait qu'on avait gagné. En fait, on n'avait rien gagné du tout.

Il faut encore savoir quelque chose. Le monde entier pense que le procès des caricatures a eu lieu en France. Le premier procès, il a eu lieu au Danemark, avec le même résultat. Mais il n'a intéressé personne. Et pourquoi ? Parce que la France a une histoire particulière. Parce que c'est le premier pays au monde à avoir banni le blasphème du code pénal. C'était en 1791. La même année que le décret sur l'égalité des juifs. Je ne sais pas pourquoi, mais ces deux questions sont toujours liées, pour le pire et pour le meilleur.

Alors l'histoire du blasphème en France, je vais vous la raconter.

En 1789, la liberté d'expression est proclamée comme un des droits les plus précieux de l'homme. Deux ans plus tard, on sort le blasphème du code pénal. En 1881, on vote la grande loi sur la liberté de la presse. Les débats font rage à l'Assemblée et c'est frappant de constater à quel point ils se focalisent sur ceux d'aujourd'hui : le dessin et la religion. C'est comme si Charlie Hebdo existait déjà ! « Dieu se défendra bien lui-même, il n'a pas besoin pour cela de la Chambre des députés ! », répond Clemenceau à l'évêque d'Angers qui invoque la blessure des catholiques outragés.

Alors vous voyez, on n'a pas le choix. Renoncer à la libre critique des religions, renoncer aux caricatures de Mahomet, ce serait renoncer à notre histoire, à l'Encyclopédie, aux grandes lois de la République. Renoncer à enseigner que l'homme descend du singe et pas d'un songe. Renoncer à l'égalité pour les femmes, qui ne sont pas la moitié des hommes, à l'égalité pour les homosexuels, alors que, bizarrement, dans 72 pays au monde, les mêmes ou à peu près que ceux qui ont encore une législation contre le blasphème, l'homosexualité est encore une abomination.

Ce serait renoncer à l'indomptable liberté humaine pour vivre enchaîné. Ce serait renoncer à ce droit si merveilleux d'emmerder Dieu, monsieur le président. Charlie Hebdo ne peut pas

y renoncer, et nous n'y renoncerons jamais, jamais, jamais. C'est ça, Charlie Hebdo. C'est notre droit, il est reconnu par les tribunaux. Et au-delà de nos tribunaux nationaux, par la CEDH [Cour européenne des droits de l'homme], qui lie des centaines de millions de personnes et ne dit pas autre chose.

Mais alors comment on fait pour sortir l'islam de cela ? Il faudrait le sortir du pacte républicain ? Il faudrait dire, non, il n'y a qu'une religion qui devrait avoir un traitement de faveur, qu'on ne pourrait pas caricaturer, et ce serait l'islam ? Ce n'est pas possible. Le combat de Charlie Hebdo, c'est aussi un combat pour la banalisation de l'islam. C'est un combat pour qu'on regarde cette religion comme une autre. Qu'on la traite comme une autre. En faire une exception, c'est évidemment le pire service qu'on pourrait lui rendre. On ne peut pas sortir une religion de l'égalité. Les religions doivent faire l'objet de la satire, et pour reprendre les mots de Salman Rushdie, de « notre manque de respect intrépide ».

On nous reproche des caricatures des religions. Mais en réalité, nous n'en avons jamais fait. Ce n'est pas vrai. Toutes les caricatures dont nous avons parlé ici ne sont pas des caricatures de la religion, ce sont des caricatures du fanatisme religieux, de l'irruption de la religion dans le monde politique.

Alors j'en viens à l'histoire de Charlie, la personne morale que je représente. En 1960, nous sommes dans la France corsetée du général de Gaulle, Cavanna rencontre Choron, ils décident de créer un journal transgressif pour bousculer les mœurs, un journal essentiellement fait de dessins, c'est Hara-Kiri. Le slogan de ce journal au départ, c'est : « Si tu ne peux pas l'acheter, vole-le. ». Cabu va les rejoindre, puis Gébé, Topor, Wolinski, Reiser. En 1970, c'est l'interdiction.

Le 1er novembre, y avait eu un incendie, 146 morts dans une discothèque. Le 9 novembre, le général de Gaulle meurt. Et le 16 novembre, Hara-Kiri titre « Bal tragique à Colombey, un mort ». Ça n'a pas plus du tout au ministre de l'intérieur de l'époque, Raymond Marcellin, qui ne doit d'ailleurs sa postérité qu'à cela. Interdiction d'Hara-Kiri.

A l'époque, il existait un Charlie Mensuel, dirigé par Wolinski, il a été décidé de faire une déclinaison hebdomadaire. C'est-à-dire que le fondement de l'existence de Charlie, c'est là

censure de son ancêtre. Et son premier numéro va être consacré à la censure. C'est l'ADN de ce journal.

Arrive 1981, la gauche est au pouvoir, ce n'est plus le temps de la transgression, les ventes du journal s'effondrent, Dix ans d'interruption. 1992, sous la houlette de Philippe Val, l'équipe se reforme. Cabu, Wolinski, Gédé, Cavanna et Renaud, le chanteur, décident de relancer Charlie Hebdo, c'est la formule que vous connaissez aujourd'hui. Et je me revois rédigeant les statuts de ce journal – probablement bien mal, j'avais 23 ans. Par une triste ironie de l'histoire, ses créateurs avaient décidé d'appeler la société éditrice de ce journal, la « société Kalachnikov ». Sous la houlette de Philippe Val, ce journal est devenu une pépinière de talents. Mélangeant les anciens et les modernes, Siné, Joann Sfar, Jul, Riad Sattouf, Catherine Meurisse, Fourest, Corcuff, Polac, Cavanna, Gédé, tant d'autres ont passé par là. C'est devenu un journal d'une richesse incroyable. Des crises, des ruptures, des psychodrames, il y en a eu tant que je ne peux pas m'en rappeler. Mais il y a un point sur lequel tout le monde était toujours d'accord : la liberté d'expression, la libre critique des religions, pas des hommes à raison de leur religion, ça, c'est autre chose, ça, c'est du racisme ou de l'antisémitisme. Mais la libre critique des idées, des opinions, des croyances.

Et puis, il y a eu l'attentat. Et ce journal continue à faire vivre ce rire, et ce journal continue à vivre. Il vit dans un bunker, mais il vit. Il vit entouré de policiers, mais il vit. Il vit avec des collaborateurs qui ne peuvent plus se déplacer avec leurs époux et leurs enfants, mais il vit. Il vit sous les menaces, il vit avec les disparus et les blessés, il vit avec les milliers de difficultés, il vit grâce à ses lecteurs, il vit grâce à cette merveilleuse banalité du bien, il vit grâce à l'aide de tous ceux, anonymes, qui viennent à son secours tous les jours, il vit aussi grâce à ceux que vous avez vus à votre barre, et qui vivent plus intensément et plus profondément que nous-mêmes.

Ils pourraient tous nous tuer, ça ne servirait plus à rien, parce que Charlie est devenu une idée. Et Charlie pourrait disparaître aujourd'hui, cette idée vivrait encore. On ne peut pas tuer une idée, c'est pas la peine d'essayer. Charlie Hebdo, vous en avez fait un symbole ! Vous en avez fait une idée ! On ne la tuera plus.

Ce procès a été un formidable accélérateur de l'histoire. Pendant ce procès, il y a un islam républicain qui a grandi dans ce pays, avec de nouvelles voix, et je pense en particulier au recteur de la [Grande] Mosquée de Paris [Chems-Eddine Hafiz], qui a été mon adversaire, puisqu'il était avocat en 2006 au moment du procès des caricatures de Mahomet, et qui développe aujourd'hui un discours magnifique et courageux qui lui vaut d'ailleurs à son tour d'être menacé. Il nous dit qu'il faut accepter le droit aux caricatures, et c'est important qu'il le dise.

Les discours politiques ne sont plus les mêmes non plus, ils ont évolué. Il y a beaucoup moins d'accusations d'islamophobie. Les choses bougent, il y a un éveil des consciences. Ce procès y aura contribué, et à ce titre-là, il aura été historique.

Alors ces trois mois ont été tragiques, difficiles, autant que cela serve. Autant que ce soit pour que nous ne perdions pas nos rêves, pour que nous ne perdions pas nos idéaux, pour que nous ne tournions pas le dos à notre histoire, pour que nous ne soyons pas la génération qui aurait abandonné l'histoire que je vous ai racontée, qui a abandonné ses rêves, ses idéaux, son rêve de liberté et de liberté d'expression. »

Richard Malka

Les articles du mois

Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil et
procédure civile à l'ISP

La mise en l'état

Motulsky considérait que le juge de la mise en état devait devenir « *un rouage intégré au mécanisme de la préparation de l'affaire au fond* » disposant de pouvoirs exclusifs (Motulsky, Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971, D. 1972. Chron. 91). Si à l'époque, il était difficile d'affirmer que le juge de la mise en état était titulaire d'un véritable pouvoir de commandement, il disposait malgré tout de capacités d'interventions, pratiquement de direction de l'instruction.

En théorie, la mise en état peut être du simple fait des parties, mais le juge y prend souvent une part active. Dans un sens général, la mise en état est l'action de mettre une affaire en état d'être jugée. Plus précisément, il s'agit de la phase préparatoire de la procédure principalement ordonnée à l'instruction approfondie de l'affaire et, le cas échéant, au jugement de contestations incidentes ou à la prise de mesures provisoires qui, applicable à toutes les affaires non directement renvoyées à l'audience, se développe sous le contrôle d'un magistrat investi de cette mission depuis le moment où celui-ci est saisi jusqu'à l'ordonnance de clôture (art. 780 s. et 901 s. CPC). La désignation du juge de la mise en état n'est pas automatique, toutes les causes n'ont pas besoin d'être mises en état. En effet, l'article 778 du Code de procédure civile précise qu'à la première audience à laquelle l'affaire est appelée, le président peut décider de renvoyer directement l'affaire à « *l'audience de plaidoiries* », lorsqu'elle lui paraît en l'état d'être jugée, ou lorsque le défendeur n'a pas comparu.

Ce n'est donc que lorsque le président considère que l'affaire n'est pas en l'état qu'il la renvoie devant le juge de la mise en état. Ce qui est en pratique le plus courant. Il en va de même devant la cour d'appel, puisque l'article 905 du Code de procédure civile régit l'hypothèse où il n'y aura pas de mise en état d'appel. Introduit en droit positif, par le décret-loi du 30 octobre 1935, le juge chargé de suivre la procédure est devenu par la suite le juge des mises en état (D. n° 65-872, 13 octobre 1965), puis le juge de la mise en état (D. n° 71-740, 9 septembre 1971), chargé de procéder à la mise en état des affaires avant leur examen par la formation collégiale.

Toutefois, le juge chargé de la mise en état a été investi d'attributions juridictionnelles sans cesse élargies dans un souci de célérité et d'efficacité de la justice civile, comme en atteste la dernière réforme de la procédure civile opérée par le décret du 11 décembre 2019. En effet, les modifications ultérieures ont ajouté aux attributions traditionnelles du juge de la mise en état des pouvoirs en matière d'examen des exceptions et d'incidents de procédure qui l'ont également érigé en véritable juge des exceptions, avec une quasi-plénitude de juridiction.

Aussi convient-il de mettre en rapport les pouvoirs du juge de la mise en état afin de préparer le jugement au fond (I), et les pouvoirs du juge de la mise en état disposant d'une plénitude de juridiction (II).

I/ Les pouvoirs du juge de la mise en état pour préparer le jugement au fond

Les pouvoirs du juge de la mise en état sont très importants en vue de préparer le jugement au fond. Son action va s'exercer tout au long de l'instruction, afin de veiller à son bon déroulement (A), jusqu'au moment où il estimera qu'elle est achevée en rendant une ordonnance de clôture (B).

A/ Le contrôle du bon déroulement de l'instruction

Impliqué dans le principe d'initiative, le juge de la mise en état remplit un office de régulation de l'instance (1), il est également impliqué dans le principe dispositif en remplissant une mission de mise en état intellectuelle (2).

1/ Un office de régulation de l'instance

En vertu du principe d'impulsion, « *les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent. Il leur appartient d'accomplir les actes de la procédure dans les formes et délais requis* » (art. 2 CPC). Ainsi, au stade de la mise en état, les parties doivent préciser l'objet de leur demande et administrer la preuve des faits qu'elles allèguent, d'une part, se communiquer les pièces, d'autre part. De son côté, le juge de la mise en état a une double mission, d'un côté une mission générale de contrôle de la bonne marche du procès et de l'autre une mission de gardien du temps.

Initialement, le juge était cantonné à un rôle passif, la conduite appartenait aux parties (Décr. 30 octobre 1935). Toutefois, au gré des réformes, il s'est vu doter d'un véritable pouvoir régulateur de l'instance, afin de réguler le rôle de la juridiction de jugement, sans pour autant devenir un véritable juge d'instruction civil. Le Conseil d'État confirma d'ailleurs cette évolution : « *aucun principe général du droit n'interdit au juge d'intervenir dans le déroulement de la procédure* » (CE 21 février 1968). Ainsi, aux termes de l'article 780 du Code de procédure civile, le juge de la mise en état doit « *a mission de veiller au déroulement loyal de la procédure, spécialement à la ponctualité de l'échange des conclusions et de la communication des pièces* ». Dans cette perspective, il dispose de nombreux pouvoirs, comme entendre les avocats, leur faire toutes communications utiles, leur adresser des injonctions si nécessaire (art. 780 CPC). Également, il exerce « *tous les pouvoirs nécessaires à la communication, à l'obtention et à la production des pièces* » (art. 788 CPC). En cours d'instance, il peut ordonner le retrait de rôle (art. 382, 383 CPC), lorsque toutes les parties en font la demande écrite et motivée (art. 780 CPC), prononcer la jonction et la disjonction des

instances (art. 783 CPC), ou encore, constater l'extinction de l'instance (art. 787 CPC).

Afin de veiller au bon déroulement de l'instance, le juge de la mise en état est le gardien du temps de l'instruction. L'article 3 du Code de procédure civile, affirmant que « *le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais...* », illustre que c'est lui qui est en charge du temps de chaque affaire et que la célérité est une des composantes essentielles du procès. Aussi, l'article 781 du Code de procédure civile le confirme s'agissant de la mise en état, qui dispose qu'il « *fixe, au fur et à mesure, les délais nécessaires à l'instruction de l'affaire, eu égard à la nature, à l'urgence et à la complexité de celle-ci, et après avoir provoqué l'avis des avocats* ». Ainsi, la ponctualité de l'échange des conclusions et de la communication des pièces est assurée, au besoin sous peine d'astreinte (art. 134 CPC). Toutefois, le caractère inquisitorial de la procédure n'est pas total. D'une part, les délais ne peuvent être fixés par le juge qu'« *après avoir provoqué l'avis des avocats* » (art. 781 al. 1^{er} CPC). D'autre part, si un calendrier de la mise en état est mis en place, comportant « *la date des échanges de conclusions, la date de la clôture [et] celle des débats* », il faut recueillir l'avis des avocats (art. 781, al. 3 et 4 CPC). Enfin, les délais fixés peuvent être prorogés : soit par simple décision du juge de la mise en état (art. 781, al. 2 CPC), soit, de façon plus restrictive si un calendrier de la mise en état a été décidé, « *en cas de cause grave et dûment justifiée* » (art. 781, al. 5 CPC).

2/ Un office de mise en état intellectuelle

Le rôle conféré au juge de la mise en état dans l'instance illustre l'inflexion qui a été donnée depuis plusieurs années au principe d'initiative, qui donne un rôle essentiel aux parties, sous réserve de l'office du juge. Le Code de procédure civile tend à permettre au juge de la mise en état de prendre une connaissance effective de l'affaire. Certes, c'est aux parties qu'incombe l'allégation des faits, mais le juge de la mise en état dispose de pouvoirs de plus en plus importants à l'intérieur de la sphère des faits dans le débat telle qu'elle est définie par les parties. Il assure notamment l'effectivité de la première partie de l'adage « *donne-moi les faits, je te*

donnerai le droit ». Ainsi, l'article 782 alinéa 2 du Code de procédure civile permet au juge de la mise en état de se faire communiquer l'original des pièces versées au débat ou d'en demander une copie. Il peut également, selon l'article 784 du Code de procédure civile, « *d'office entendre les parties* ». Plus généralement, il a le pouvoir d'intervenir dans la communication des pièces, leur obtention et leur production (art. 788 CPC), ce qui lui permet d'accroître sa connaissance du dossier. Il a compétence exclusive pour ordonner, d'office, ou à la demande de tout plaideur, toute mesure d'instruction (art. 789, 5° CPC), dès lors qu'il est saisi et que la demande est présentée postérieurement à sa désignation.

Le juge de la mise en état intervient pour assurer la mise en œuvre d'un modèle renouvelé du principe dispositif, selon lequel les parties interviennent de plus en plus dans l'allégation des moyens en droit. Conformément à l'article 13 du Code de procédure civile, il les invite ainsi à fournir les explications de droit nécessaires à la solution du litige (art. 782 CPC), ou encore à respecter l'impératif des conclusions qualificatives et récapitulatives posé par l'article 768 du Code de procédure civile.

Il incite ainsi les parties, dans une certaine mesure, à « *donner le droit* ». Le juge de la mise en état chargé d'instruire une affaire dispose également d'un pouvoir général « d'invitation ». En effet, il peut inviter les avocats à répondre aux moyens sur lesquels ils n'auraient pas conclu, ce qui contribue à parfaire sa connaissance de l'affaire et suppose de sa part une implication totale dans le dossier, tant au regard des faits que du droit. Enfin, en vertu d'une disposition générale, l'article 332, alinéa 1er, du Code de procédure civile, le juge, se voit reconnaître la possibilité d'inviter les parties à mettre en cause tous les intéressés, s'il s'aperçoit que cela serait utile à la manifestation de la vérité.

B/ Le pouvoir d'ordonner la clôture de l'instruction

L'ordonnance de clôture, rendue par le président de la chambre, est une ordonnance non motivée et non susceptible de recours (art. 798 CPC). Concrètement, la clôture suscite des difficultés relatives aux conclusions et pièces, qu'elles soient

postérieures à l'ordonnance de clôture (1) ou antérieures à celle-ci (2).

1/ Le sort des pièces postérieures à l'ordonnance de clôture

L'ordonnance de clôture a pour effet de fixer le litige, ainsi mis en état d'être jugé. Dès lors, aux termes de l'article 802 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, « *après l'ordonnance de clôture, aucune conclusion ne peut être déposée ni aucune pièce produite aux débats, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office* ». Les conclusions ou pièces déposées après ladite ordonnance sont donc irrecevables, c'est-à-dire écartées des débats. Toutefois, la jurisprudence a apporté des nuances à la rigueur de la sanction. De façon générale, le juge a l'obligation, et non la faculté, de déclarer les conclusions ou pièces irrecevables le cas échéant, afin de respecter le contradictoire. Par ailleurs, la jurisprudence laisse au juge une grande souplesse dans l'application de cette sanction : lorsqu'il relève d'office le moyen tiré de l'irrecevabilité de conclusions tardives, il n'a pas à révoquer l'ordonnance de clôture et à rouvrir les débats pour prononcer l'irrecevabilité (Civ. 2e, 10 janvier 1979). Également, il est dispensé d'inviter au préalable les parties à présenter leurs observations sur ce moyen (Civ. 2e, 11 mars 1992). Enfin, la jurisprudence semble distinguer les pièces et les conclusions. En effet, pour échapper au grief de tardiveté, les conclusions devront, avant l'ordonnance de clôture, avoir non seulement été notifiées à l'autre partie, mais également avoir été déposées au greffe. En revanche, les pièces échapperont à ce grief dès lors qu'elles ont bien été communiquées avant l'ordonnance de clôture, même si elles ont été déposées au greffe après l'ordonnance de clôture (Com., 19 février 2002).

L'ordonnance de clôture emporte l'interdiction de déposer des pièces et conclusions nouvelles. Le Code de procédure civile vise quatre exceptions à l'effet de clôture de l'ordonnance. Demeurent ainsi recevables, les demandes en intervention volontaire, les conclusions relatives aux loyers échus et aux débours faits jusqu'à l'ouverture des débats en l'absence de contestation sérieuse de leur montant et, enfin, les demandes de révocation de l'ordonnance de clôture, les conclusions qui tendent à la reprise de

l'instance en l'état où celle-ci se trouvait au moment de son interruption (art. 802 CPC). Tout en retenant le caractère limitatif de l'article 802 du Code de procédure civile, la jurisprudence a créé des atténuations à la règle de l'irrecevabilité. Elle a ainsi pu admettre la recevabilité de conclusions tardives lorsqu'elles ne contiennent pas de moyens nouveaux et se contentent de développer les moyens articulés dans les conclusions antérieures (Civ. 1^{re}, 2 juin 1982). Également, la chambre sociale a admis la production tardive d'une pièce au cours des débats, par l'une des parties, lorsqu'elle n'a soulevé aucune objection quant à la régularité de la procédure (Soc. 5 juillet 1978). Toujours afin d'atténuer les effets parfois rigoureux de l'ordonnance de clôture, le Code de procédure civile a prévu la possibilité pour le juge d'en ordonner la révocation, dont la mise en œuvre suppose l'existence d'une cause grave. Ainsi, la Cour de cassation a considéré qu'est justifiée la décision de révocation lorsqu'il s'agit de permettre à un mineur, devenu majeur en cours d'instance, d'assumer personnellement sa défense, le changement de capacité, bien qu'antérieur à l'ordonnance de clôture, n'est apparu qu'à l'occasion de débats ultérieurs (Civ. 1^{re}, 6 octobre 1982).

2/ Le sort des conclusions et pièces antérieures à l'ordonnance de clôture

La jurisprudence a étendu progressivement le grief de tardiveté à l'hypothèse des conclusions de dernière heure et en a largement calqué le régime sur celui des conclusions postérieures à l'ordonnance de clôture. L'article 802 du Code de procédure civile interdit seulement le dépôt de conclusions ou la production de pièces postérieures à l'ordonnance de clôture, et non pas celui qui interviendrait à la veille de l'ordonnance de clôture. Toutefois, le respect de la contradiction ne semble plus assuré lorsque des pièces ou des conclusions sont déposées si peu de temps avant l'ordonnance de clôture qu'il devient difficile pour la partie adverse de répliquer. Ainsi, la jurisprudence, sur le fondement des articles 15, 16 et 135 du Code de procédure civile, permet au juge d'écarter des débats les pièces qui n'ont pas été communiquées en temps utile (Ch. mixte, 3 février 2006). Toutefois, si les juges du fond

disposent d'un pouvoir souverain pour apprécier si des conclusions et/ou des pièces ont été déposées en temps au sens de l'article 15 du Code de procédure civile, ils se doivent de répondre à des conclusions qui en sollicitent le rejet, que ces dernières soient déposées avant ou après le prononcé de l'ordonnance de clôture (Civ. 1^{re}, 16 mai 2013).

D'un côté, le régime applicable au moyen tiré de l'irrecevabilité des pièces et conclusions de dernière heure semble calqué sur celui des pièces et conclusions tardives stricto sensu. En effet, une certaine rigueur est mise en œuvre dans l'irrecevabilité soulevée d'office par le juge. Il s'agit d'un moyen d'ordre public (Civ. 2e, 27 février 1985) qui ne nécessite aucune injonction préalable du juge aux parties (Civ. 2e, 6 mai 1999). Mais d'un autre côté, à la différence de ce qui se passe pour les pièces et conclusions tardives stricto sensu, la jurisprudence semble concevoir de plus en plus le prononcé de l'irrecevabilité des pièces et conclusions de dernière minute comme une faculté pour le juge, et non comme une obligation comme elle l'a longtemps fait. Précisément, un plaideur ne peut reprocher à la juridiction d'avoir tenu compte de conclusions de dernière heure s'il n'avait pas contesté leur recevabilité ni demandé le report ou la révocation de l'ordonnance de clôture (Civ. 2e, 21 décembre 2000).

L'instruction de l'affaire est destinée à éclairer le juge, à lui donner connaissance des éléments de l'affaire pour qu'il puisse prononcer un jugement en connaissance de cause. Dès lors le juge de la mise en état remplit une mission de mise en état intellectuelle, mais exerce également une fonction de préparation à la résolution définitive du litige. Toutefois, les réformes n'ont cessé d'élargir les attributions du juge de la mise en état jusqu'à faire de lui un véritable juge unique.

II/ Les pouvoirs du juge de la mise en état en tant que juridiction définitive

Les pouvoirs dévolus au juge de la mise en état n'ont cessé d'être renforcés. L'objectif avoué de chacune des réformes engagées a été de purger le plus possible les incidents de procédure, afin de ne laisser au tribunal que le soin de trancher les seules questions ayant trait au fond des litiges qui lui sont soumis. Ainsi a été renforcée la conciliation (A), et le juge de la mise en état dispose d'une compétence exclusive pour purger le litige (B).

A/ Le renforcement des pouvoirs de conciliation

Les lois des 16 et 24 août 1790 ont instauré un préliminaire obligatoire de conciliation pour tous les procès qui devaient être portés devant les tribunaux de district. Cette conciliation était inspirée de l'idée qu'il vaut mieux s'entendre que plaider. Toutefois, ce préliminaire n'ayant pas la faveur des plaideurs fut supprimé par la loi du 9 février 1949. Pour autant, le législateur n'a pas totalement renoncé à la conciliation à divers stades du procès que ce soit dans un cadre judiciaire (1) ou extrajudiciaire (2).

1/ La conciliation dans le cadre d'une mise en état judiciaire

Aux termes de l'article 21 du Code de procédure civile, il entre dans l'office du juge, y compris du juge de la mise en état, de concilier les parties. Le juge de la mise en état peut procéder à une conciliation à tout moment, entre sa saisine et la clôture de l'instruction. Le juge devra se conformer aux dispositions des articles 127 à 129 du Code de procédure civile et aux articles 130 et 131 du Code de procédure civile pour l'acte de conciliation. Il invitera les parties et leurs avocats à venir devant lui en vue d'une tentative de conciliation. Le procès-verbal, éventuellement dressé, aura force exécutoire. Ainsi, il permettra d'obtenir une exécution forcée.

Aux termes de l'article 785 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, le juge de la mise en état peut se contenter de « *constater la conciliation, même partielle, des parties* », sans rôle actif. Plus encore, il peut désormais, depuis le décret du 28 décembre 2005, procéder à l'homologation de

l'accord que lui soumettent les parties (art 785 CPC), ce qui aura pour effet de donner force de chose jugée et force exécutoire à la convention homologuée. L'intérêt de la conciliation dépasse la satisfaction des parties elles-mêmes : en établissant un procès-verbal qui relate la teneur de l'accord, le juge chargé de la mise en état désencombre son rôle dans un objectif de célérité. Ainsi, la jurisprudence accorde-t-elle une grande importance aux constatations des magistrats en ce sens. Un juge, même incompetent, peut donner acte à des parties des accords intervenus devant lui, dès lors que sa compétence n'a pas été contestée (Civ. 1^{re}, 27 février 1985).

2/ L'émergence d'une mise en état extrajudiciaire

En parallèle de la mise en état classique, dirigée par le juge de la mise en état, il convient de relever une nouvelle forme de mise en état, extrajudiciaire. En effet, la loi du 22 décembre 2010 a introduit dans le Code civil un nouveau type de contrat : la convention de procédure participative codifiée aux articles 2062 à 2068 du Code civil. La loi du 18 novembre 2016 a ouvert de nouveaux champs d'application à cette convention, puisqu'elle est utilisable alors même qu'un juge du fond est saisi du litige, et qu'elle pourra également avoir pour objet la mise en état du litige (art. 2062 C. civ.). Face à l'échec d'une telle convention, le décret du 11 décembre 2019 entend favoriser le recours à une telle convention en cours de procédure afin d'accélérer le temps du procès.

Devant le tribunal judiciaire, les parties ont la faculté de conclure une telle convention aux fins de mise en état dès la première audience, au stade l'orientation de l'affaire (art. 776 CPC). Les parties pourront également se voir fixer dès la signature de la convention la date de l'audience à laquelle sera ordonnée la clôture de l'affaire (art. 1546-1 CPC). Il sera aussi possible pour les parties, dans le cadre de la procédure participative ou en amont, de prévoir un nombre accru de dispositions à travers l'acte contresigné d'avocat, telles que la consignation des constatations d'un technicien ou des déclarations des parties ou de tout témoin, entendus par les avocats des parties (art. 1546-3 CPC). Les avocats

pourront ainsi s'approprier l'instruction de l'affaire. Toutefois, la signature d'une telle convention aux fins de mise en état vaut renonciation de chaque partie à se prévaloir d'une fin de non-recevoir, de toute exception de procédure et des dispositions de l'article 47 du Code de procédure civile (art. 1546-1 CPC). Une telle disposition risque de freiner le recours à une telle convention, dans la mesure où les parties ne pourront plus soulever ces moyens de défense dans le cadre d'une procédure judiciaire.

B/ Les pouvoirs juridictionnels relatifs au règlement des incidents

Le juge de la mise en état se voit investi de la mission de régler les incidents de procédure, il dispose d'une compétence exclusive (1), mais le conseiller de la mise en état dispose de pouvoirs spécifiques (2).

1/ Une compétence exclusive du juge de la mise en état

Dans le prolongement des réformes de 1998 et 2004, le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 est venu confirmer le transfert au profit du juge de la mise en état d'un véritable pouvoir juridictionnel. Il n'est plus désormais une simple émanation de la chambre dont il est membre, mais est une juridiction à part entière ayant compétence exclusive pour statuer sur les exceptions de procédure et sur les incidents mettant fin à l'instance et rendant à ce titre de véritables décisions assorties de l'autorité de la chose jugée.

Le juge de la mise en état dispose d'une compétence exclusive pour toutes les mesures énumérées à l'article 789 du Code de procédure civile. Cet article a été modifié à de nombreuses reprises, ce qui tend à illustrer que la question est délicate, et le point d'équilibre entre les pouvoirs du juge de la mise en état et ceux des parties, difficile à trouver. Depuis, le décret du 28 décembre 1998, le juge de la mise en état peut statuer sur toutes les exceptions de procédure que lui présenteraient les parties, y compris les exceptions d'incompétence, de litispendance et de connexité, ainsi que les exceptions de nullité pour vice de fond. De surcroît, il est compétent, depuis le décret du 20 août 2004, pour statuer sur

les incidents mettant fin à l'instance. Enfin, la mise en état fait l'objet d'une modification importante par le décret du 11 décembre 2019. En effet, le juge de la mise en état voit ses pouvoirs renforcés puisqu'il peut désormais statuer sur toutes les fins de non-recevoir, en statuant en juge rapporteur ou en renvoyant à la formation collégiale de la mise en état les fins de non-recevoir qui nécessiteraient qu'une question de fond soit tranchée (art. 789 CPC). Ultérieurement, « *Les parties ne sont plus recevables à soulever ces fins de non-recevoir au cours de la même instance à moins qu'elles ne surviennent ou soient révélées postérieurement au dessaisissement du juge de la mise en état.* » (art. 789 CPC).

L'article 789 du Code de procédure civile dispose que le juge de la mise en état peut « *allouer une provision pour le procès* », et qu'il est en son pouvoir d'« *accorder une provision au créancier lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable* ». Cette dernière disposition présente un intérêt pratique important, dans la mesure où le créancier est parfois exposé à attendre un temps assez long avant d'obtenir le jugement sur le fond, mais elle donne lieu à un contentieux abondant relatif au caractère incontestable de l'obligation. L'existence d'une contestation sérieuse relève du contrôle de la Cour de cassation (ass. plén., 16 novembre 2001). De plus, le juge de la mise en état peut prendre toutes mesures provisoires, même conservatoires, à l'exception des saisies conservatoires et des hypothèques et nantissements provisoires. Il peut aussi modifier, compléter, en cas de survenance d'un fait nouveau (Civ. 2e, 17 juillet 1975), celles qui auraient été ordonnées (art. 789 CPC).

2/ Les pouvoirs spécifiques du conseiller de la mise en état

Dans la procédure en matière contentieuse avec représentation obligatoire par avocat (art. 899 CPC), l'instruction de l'affaire devant la cour d'appel est réglementée par les articles 905 et suivants du Code de procédure civile. Ces textes procèdent par renvoi aux dispositions régissant l'instruction devant le juge de la mise en état du tribunal judiciaire, dans le cadre de la procédure ordinaire en matière contentieuse : « *l'affaire est*

instruite sous le contrôle d'un magistrat de la chambre à laquelle elle est distribuée, dans les conditions prévues par les articles 763 à 787 et par les dispositions qui suivent » (art. 907 CPC). La réforme apportée par le décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009, modifié par le décret n° 2010-1647 du 28 décembre 2010, est entrée en vigueur le 1er janvier 2011 devant les cours d'appel. Cette réforme suscite un contentieux fourni pour clarifier les décrets, qui tente de concilier l'objectif de célérité avec les principes directeurs du procès.

Selon l'ancienne formulation, l'article 911 du Code de procédure civile reconnaissait compétence au conseiller de la mise en état « *pour déclarer l'appel irrecevable et trancher à cette occasion toute question ayant trait à la recevabilité de l'appel* ». Sa décision pouvait d'ailleurs être remise en cause devant la formation collégiale lors des débats au fond (Civ. 2^e, 20 juillet 1988), car elle n'avait pas autorité de chose jugée au principal (Civ. 2^e, 20 juillet 1987), ce qui est d'ailleurs toujours le cas (Com., 4 octobre 2011). Désormais, selon l'article 914 du Code de procédure civile, « *le conseiller de la mise en état est, lorsqu'il est désigné et jusqu'à son dessaisissement, seul compétent pour prononcer la caducité de l'appel, pour déclarer l'appel irrecevable et trancher à cette occasion toute question ayant trait à la recevabilité de l'appel ou pour déclarer les conclusions irrecevables en application des articles 909 et 910* ». Dans trois arrêts rendus par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation le 11 mai 2017 (Civ. 2^e, 11 mai 2017, n° 16-18.464, 15-27.467, 16-14.868) il est rappelé que « *si, aux termes de l'article 914 du Code de procédure civile, le conseiller de la mise en état a une compétence exclusive pour prononcer la caducité de la déclaration d'appel encourue en application des dispositions des articles 908 et 911 du Code de procédure civile, et si les parties ne sont plus recevables à l'invoquer après le dessaisissement de ce magistrat, à moins que sa cause ne survienne ou ne soit révélée postérieurement, cette restriction ne fait pas obstacle à ce que la cour d'appel relève d'office la caducité* ».

Le Code de procédure civile et les modifications intervenues ont ajouté aux attributions traditionnelles du juge de la mise en état des pouvoirs en matière d'examen des exceptions et d'incidents de procédure qui l'ont érigé en véritable juge des exceptions, avec une quasi-plénitude de juridiction. L'objectif est clair : arriver à l'audience de jugement avec un dossier complètement apuré de tous les incidents de procédure. Ainsi se profile plus nettement qu'autrefois une instance en deux phases fonctionnellement bien distinctes : une phase d'instruction et de jugement des incidents et une phase de jugement au fond. Il s'agit de faciliter le travail des juges du fond.

Culture Générale

David BRACQ

Auditeur de justice

Logiques du complotisme

Dans un entretien à *L'Express* fin décembre 2020, Emmanuel Macron s'alarmait de la « crise d'autorité » frappant politiques et scientifiques dans le contexte de pandémie. « Les conséquences psychologiques et sociales sont terribles car on finit par ne plus croire en rien », s'était-il inquiété, déplorant que cela « conduit au complotisme ». Force est de constater que la période de crise épidémique se révèle être un terrain plus que fertile pour les discours complotistes et autres variations sur le thème de la conspiration.

Une fois n'est pas coutume, il faut se garder de céder au « présentisme » qui voudrait voir en nos maux les enfants tardifs de la modernité. Ainsi que le rappelle la sociologue Eva Illouz dans une récente tribune offerte au quotidien *Le Monde*, « l'antijudaïsme médiéval prenait lui aussi la forme de grands délires complotistes, imaginant par exemple que les juifs buvaient le sang des enfants chrétiens pour préparer la *matza*, le pain azyme consommé à Pâques » (10/12/20). Plus proches de nous, les partisans de la monarchie tentèrent de discréditer l'élan révolutionnaire en propageant l'idée qu'il s'agissait d'un complot Franc-maçon et Illuminati. Au XIXe siècle, le phénomène se teinta d'une rhétorique antisémite : c'est le cas de l'affaire Dreyfus, ou encore du tristement célèbre Protocole des sages de Sion.

Aujourd'hui, les discours complotistes ont largement investi le débat public. Dernier avatar en date, la diffusion du documentaire *Hold-Up* dénonçant l'opération de manipulation dissimulée derrière la crise sanitaire, et immédiatement brocardé de ce désagréable anathème. Cet épisode offre une parfaite définition des logiques du complotisme qui se déploient malheureusement dans de nombreuses « théories » : assassinat de JFK,

complot juif, 11 septembre 2001... Plus récemment, le mouvement QAnon aux Etats-Unis d'Amérique postulait que Donald Trump menait une guerre secrète contre une clique de démocrates pédophiles et adorateurs de Satan (*sic*). La structure de base des thèses complotistes repose sur un narratif relativement simple, que l'Observatoire du conspirationnisme (Conspiracy Watch) définit comme « la conviction que des puissances occultes tirent secrètement les ficelles de la politique, de l'économie ou des médias, manipulant l'opinion publique et tramant de sombres complots contre le bien public ».

Ainsi que le révélait une étude menée en 2019 par la Fondation Jean Jaurès, ces récits gagnent du terrain de façon préoccupante : 21% des personnes interrogées se déclaraient « d'accord » avec cinq énoncés complotistes parmi les dix qui leur étaient soumis. Cette progression met en tension les principes organisant notre vie intellectuelle, tels que la possibilité de parvenir à la vérité par l'usage de la raison et la méthode scientifique, autant que notre vie démocratique, qui suppose d'établir un certain degré de consensus *via* la délibération collective.

Quête de sens

La psychologie nous livre les mécanismes cognitifs à l'œuvre derrière les théories du complot : celles-ci répondent à nos besoins vis-à-vis du monde, de le comprendre, de s'y insérer et de le partager. Par une simplification à outrance des logiques du réel, par la réduction des causalités au jeu d'une intentionnalité malfaisante, ces récits garantissent un moyen rapide et sécurisant de répondre à la déroutante complexité du monde. Mieux, ils offrent à leurs porteurs la satisfaisante position de démystificateur : selon Pierre-André Taguieff, en effaçant l'imprévisibilité de l'histoire, le dogme du complot « fournit à bon compte le sentiment de pouvoir maîtriser le présent, prévoir l'avenir et déjouer les pièges du futur, sur la base d'une connaissance supposée des causes profondes de la marche du monde » (*La foire aux Illuminés. Ésotérisme, théorie du complot, extrémisme*).

Au cœur de leur fonctionnement, le sociologue Gérald Bronner identifie le « biais d'agentivité »

(*Le Danger sociologique*) consistant à prêter à des entités collectives (l'État, la classe, le pouvoir, la société, etc.) une intention dont celles-ci ne peuvent pourtant être dotées, et un rôle causal qui ne peut être le leur. Le conspirationnisme apparaît ainsi comme une forme de providence sécularisée, où l'œuvre corruptrice de quelques-uns remplacerait le gouvernement divin sur sa création. De ce point de vue, il faut souligner la filiation religieuse du phénomène que révèle Karl Popper dans *La Société ouverte et ses ennemis*, ouvrage dans lequel il analyse le complotisme comme une « sécularisation de superstitions religieuses. Les dieux d'Homère, dont les complots expliquent la guerre de Troie, y sont remplacés par les monopoles, les capitalistes ou les impérialistes ». Finalement, le complotisme agirait comme un scénario de compensation face à un monde inexplicable qui ne trouve plus sens, ni dans le religieux ni dans la magie.

Pour autant, le complotisme ne se présente pas comme un discours irrationnel, pas plus qu'il ne se reconnaît conspirationniste, ne serait-ce que parce que ces thèses sont socialement illégitimes. Au contraire, il se prétend être une contre-expertise éclairée sur les enjeux collectifs et prospère, de fait, sur des éléments bien réels (scandales politico-financiers ou sanitaires, sociologie des élites et des médias), tendant ainsi à brouiller la ligne de démarcation entre le vrai et le faux. Il faut d'ailleurs relever que les thèses complotistes invoquent souvent moult preuves, documents et témoignages afin de nourrir leur rhétorique qui repose sur la simplification causale, les corrélations factices ou les faisceaux d'indices... au mépris des règles les plus élémentaires du raisonnement. Ainsi que le professait l'éminent mathématicien Henri Poincaré, « on fait la science avec des faits, comme on fait une maison avec des pierres ; mais une accumulation de faits n'est pas plus une science qu'un tas de pierres n'est une maison » (*La Science et l'hypothèse*). Quoiqu'il en soit, le millefeuille argumentaire proposé par les complotistes, qui convoquent sans sourciller des connaissances pointues dans divers domaines (les théories sur le 11 septembre 2001 font appel tout à la fois à la physique des matériaux des tours jumelles et aux variations des cours de bourse précédant l'attentat) compliquent grandement le travail de déconstruction puisque

la réfutation d'un argument ne fait pas s'écrouler l'édifice, qui repose sur l'amalgame de séries d'indices plus ou moins cohérentes.

Sur cette question de l'administration de la preuve, Etienne Klein, dans *Le Goût du vrai*, identifie le rôle joué par l'effet Dunning-Kruger (du nom des psychologues américains l'ayant étudié), qui repose sur un double paradoxe. D'une part, il faut atteindre un certain niveau de savoir pour évaluer sa propre incompetence face à un sujet. D'autre part, l'ignorance rend plus sûr de soi que la connaissance. Ce biais permet de comprendre qu'en mars 2020, de nombreuses vidéos publiées sur les réseaux sociaux expliquaient avec aplomb que le Coronavirus avait été créé par l'Institut Pasteur. Au soutien de cette affirmation, était brandi un brevet accessible sur internet. Or, si ce brevet existe bel et bien, l'interprétation qui en était faite par les apprentis docteurs était tout simplement erronée ! Erreur que n'eut pas commise un expert sachant déchiffrer le document...

Une hypertrophie de l'esprit critique ?

Le programme même de notre modernité ne semble pas tout à fait étranger au gimmick conspirationniste, d'où l'inconfort et la difficulté à réfuter ces thèses plus ou moins farfelues qui procèdent d'une pratique (prétendument) assidue de l'esprit critique. En effet, le premier mouvement intellectuel de la modernité est celui de la table rase, du doute absolu prôné par René Descartes dans ses *Méditations métaphysiques* : si, en lieu et place du « vrai Dieu, qui est la souveraine source de vérité », il y avait « un certain mauvais génie [...] qui a employé toute son industrie à me tromper », s'interrogeait-il. Dans sa tentative de refonder le savoir, le philosophe entreprenait en effet de rejeter toutes les certitudes et opinions antérieures (essentiellement les conceptions philosophiques héritées d'Aristote) en les soumettant au doute radical afin de voir ce qui résisterait à sa rigoureuse méthode. Or, quel complotiste ne pourrait pas se réclamer – fallacieusement – de la méthode du vénérable cartésien ?

A n'en pas douter, le complotisme marque le dévoiement du glorieux programme des Lumières que résumait Emmanuel Kant dans son

célèbre *Qu'est-ce que s'orienter dans la pensée ?* (1786) : « penser par soi-même ». Déjà, le philosophe assortissait son mot d'ordre d'un avertissement contre les dangers d'une raison qui prétendrait juger de tout : « la liberté de penser, quand elle va jusqu'à s'affranchir des lois mêmes de la raison, finit par s'anéantir de ses propres mains ». Il faut bien reconnaître que la maxime kantienne appelant à douter de toute autorité, à soumettre toute proposition à un rigoureux examen, a dégénéré en un douteux ersatz proclamant la corruption généralisée des pouvoirs et confinant à la paranoïa. Comment expliquer que la démarche critique, qui se voulait libératrice, ait engendré un régime de défiance à l'égard des vérités les mieux établies telles que l'utilité des vaccins ? Comment tel obscurantisme a-t-il pu naître de l'ardent combat contre les préjugés mené par les philosophes des Lumières ?

Dans un article publié par la revue *Books* en septembre 2019 (« Dénoncer n'est pas comprendre »), Marcel Gauchet analyse ce retournement par la perte de foi dans les « grands récits » devant transformer la vie des Hommes (le communisme, la révolution) et, du même mouvement, dans les totems modernes du progrès et de la raison. Dès lors, « la critique comme impératif et comme démarche est restée seule en lice » et « l'évolution sociale, marquée par une individualisation toute-puissante, a scellé cette prééminence, en conférant à la critique un nouveau statut, celui de garantie de la liberté individuelle. » Autrement dit, le droit à la critique, encouragé par la diffusion de l'éducation et des savoirs, est devenu la marque d'une subjectivité affirmant sa crédibilité par une défiance manifestée à l'égard de toute verticalité, de tout pouvoir : « je ne suis pas dupe ! ».

Cependant, et ainsi que le rappelle Marcel Gauchet, l'esprit critique « est indispensable, mais il ne saurait être une fin en soi » ; il doit être assorti d'une capacité de jugement devant permettre d'en faire un bon usage. Comment, dès lors, repérer cette incertaine ligne de partage entre conspirationnisme et pensée critique ? Comment pourrions-nous, d'ailleurs, exclure *a priori* tout débat ou toute marque de scepticisme sans mépriser notre crédo démocratique ? L'enjeu est de taille dans la mesure où il renvoie

directement à la légitimité du discours et pousse certains à regretter que cet anathème bien pratique serve à disqualifier d'office toute critique, à exclure du champ de la parole autorisée les objecteurs de conscience. Quoiqu'il en soit, si le doute est un mouvement nécessaire de l'esprit, il ne saurait s'y substituer toujours sans rendre impossible toute affirmation.

Les ravages de la « post-vérité »

Compagnonne de la raison, la vérité n'est pas davantage sortie indemne des errements de la modernité, si bien que nous serions aujourd'hui entrés dans l'ère de la « post-vérité ». Cette notion, tristement mise à l'honneur par l'accession de Donald Trump au pouvoir en 2016, ne renvoie pas tant au triomphe du mensonge qu'à un régime d'indifférence à la vérité, à une remise en cause des lignes de partage entre le vrai et le faux. Selon l'*Oxford Dictionary*, qui a fait de l'expression « post-truth » le mot de l'année 2016, cet adjectif fait référence « à des circonstances dans lesquelles les faits objectifs ont moins d'influence pour modeler l'opinion publique que les appels à l'émotion et aux opinions personnelles. »

Dans son ouvrage *La Faiblesse du vrai*, Myriam Revault d'Allones estime que les thèses complotistes comme les « fake news » mettent la démocratie au défi en ce qu'elles dissolvent l'opposition entre vérité et croyance sur lequel repose pourtant l'espace public moderne, qui présuppose le partage d'une raison commune afin que la concurrence des idées profite aux meilleures d'entre elles. Ainsi que le rappelle promptement Hannah Arendt dans *La Crise de la culture*, « la liberté d'opinion est une farce si l'information sur les faits n'est pas garantie et si ce ne sont pas les faits eux-mêmes qui font l'objet du débat. » Or, sous l'empire de la post-vérité, triomphe une forme de subjectivisme voulant que chacun ait le droit de définir sa propre vérité, celle-ci devant être respectée comme telle puisque la contester reviendrait à atteindre la personne elle-même. Si le débat démocratique exige une démarcation claire entre faits, objectivement vérifiables, et opinions, propres à chaque individu et pouvant être librement débattues, il semblerait donc bien que le relativisme des secondes ait gagné le camp des

premiers. La démocratie est donc confrontée à l'extension de son principe égalitaire dans un domaine où il ne devrait pourtant avoir droit d'ingérence : celui de la vérité. Finalement, le régime de post-vérité autorise l'idée qu'il n'y a pas de vérité mais seulement des opinions différentes qui se valent. D'où l'attrait pour les faits alternatifs mis en scène dans des théories du complot.

Les racines de ce mouvement sont certainement à chercher du côté des « philosophies du soupçon », inaugurées au XIX^{ème} siècle par Arthur Schopenhauer et Friedrich Nietzsche, qui entreprirent de déconstruire les totems de la modernité afin de révéler leurs racines véritables. L'idée centrale défendue par ces philosophes est qu'aucun point de vue ne peut se prévaloir d'être tout à fait désillusionné ; que derrière chaque pensée, chaque parole, chaque valeur, se dissimulent des « arrières-mondes » invisibles renfermant des déterminations plus ou moins conscientes et en tout cas immaîtrisable. De ce fait, la vérité comme la raison sont des leurre qui cachent une réalité bien peu présentable. C'est l'idée que « toute parole est un masque », pour reprendre la formule que Friedrich Nietzsche lui-même utilise dans *Par-delà le bien et le mal*. Ce courant philosophique a connu une grande prospérité, et a sans doute contribué à instiller l'idée que la vérité comme la recherche scientifique pure n'existent pas, quelles sont toujours plus ou moins le fruit d'un intérêt caché.

House of cards

Ces évolutions se conjuguent funestement avec la crise des autorités et singulièrement celle du pouvoir politique, perpétuellement accusé de duplicité entre la poursuite proclamée de l'intérêt général et la réalité fantasmée d'une mécanique au service des puissants. Ceci tient tout d'abord à la succession des affaires qui, du scandale de Panama (1892), qui vit la société chargée du percement du Canal corrompre politiques et journalistes afin de contracter un emprunt public, à l'interminable saga judiciaire frappant l'ancien président de la République Nicolas Sarkozy, en passant par « l'affaire Luchaire », une vente d'armes illicites à l'Iran qui aurait contribué à financer le Parti socialiste et a précipité l'adoption de la première loi de transparence de

la vie publique, ont instillé le poison de la défiance au sein de la population.

Les thèses complotistes prospèrent également sur le terreau de l'insatisfaction face à une démocratie qui peine à accomplir ses formidables promesses. C'est là le diagnostic désormais canonique d'une « démocratie inachevée », selon l'expression de l'historien Pierre Rosanvallon dans l'ouvrage du même nom. En effet, dans un contexte de mondialisation et de construction européenne qui voit les processus de décision échapper au strict cadre national, l'idée que les représentants politiques, pourtant élus par le peuple, ne seraient pas les dépositaires du pouvoir réel ouvre la voie au soupçon. C'est d'ailleurs ce que soutient le sociologue François Dubet dans une interview à *L'Obs* (19/12/2020) : « l'Europe, l'ultralibéralisme, la concurrence sont bien plus invisibles que ne l'était le patron de l'usine autrefois. Ce qui est invisible devient alors ce qui est caché... et ce qui m'est caché. Pendant des décennies, la nation forte, un État puissant, De Gaulle ou le Parti communiste ont montré que notre société pouvait se défendre et qu'elle avait la capacité de s'entraider. Aujourd'hui, c'est bien plus compliqué. Sans défense apparente et sans adversaire, l'individu cherche des causes. »

Sur le plan interne, l'extension de l'empire du droit et le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État sur l'action politique ainsi que la montée en puissance des instances de régulation non élues préemptant le monopole de la décision sur des pans entiers de la vie sociale – pensons aux critiques dont le Conseil scientifique en charge de la stratégie de lutte contre le Covid fait l'objet - contribuent à perturber l'expression traditionnelle de la volonté générale *via* la représentation politique. Or, le sentiment de perte de souveraineté répandu parmi nombre de citoyens nourrit la suspicion quant aux intentions de nos gouvernants, accusés de ne jamais réaliser le mandat qui leur est donné par l'élection. Face à telle déception, difficile en effet de ne pas chercher qui « tire les ficelles ».

De ce point de vue, la sensibilité aux discours complotistes met au jour une ligne de fracture culturelle au sein de notre pays. En effet, l'adhésion à ces thèses est très fortement

corrélée à certaines caractéristiques d'âge, de niveau de diplôme, de niveau de vie et d'orientation politique : 28% des 18-24 ans croient à cinq des théories ou plus contre seulement 9% des plus de 65 ans ; 28% pour les moins diplômés contre 8% des diplômés à bac + 2 ; 38% des plus pauvres contre 7% des plus aisés (Fondation Jean Jaurès). En cela, le succès de cette rhétorique traduit l'angoisse qui prospère au sein d'une partie de la population traversée par un sentiment d'impuissance, d'exclusion et d'injustice. Cette crise est donc à la fois sociale et culturelle ; elle traduit les craintes de notre société et d'individus convaincus de ne pas avoir prise sur leur environnement et leur destin. Finalement, le complotisme pourrait s'interpréter comme un symptôme du déclassement, réel ou fantasmé, d'une partie de la population qui se sent laissée pour compte.

Du bistrot aux réseaux sociaux

Lors d'une audition au Sénat, Rudy Reichstadt, directeur de l'Observatoire du conspirationnisme (Conspiracy Watch), relativisait le rôle de la défiance dans la prospérité des thèses conspirationnistes : « nous ferions une erreur d'analyse en considérant que le complotisme n'est que le symptôme, l'expression d'une défiance. Il l'est, mais en partie seulement. Il est aussi l'expression d'une crédulité. Beaucoup de ceux qui y adhèrent se détournent des médias traditionnels et de la parole scientifique pour s'abreuver à des sources beaucoup plus toxiques ».

Or, les conditions de propagation de ces théories sont particulièrement réunies chez les moins de 35 ans qui s'informent prioritairement *via* les réseaux sociaux. Ainsi que le relève l'étude de la Fondation Jean Jaurès, internet arrive en première position chez les jeunes comme média utilisé pour s'informer. Ce phénomène est en outre associé à la propension au complotisme et plus encore à l'utilisation des réseaux sociaux plutôt que celle des médias traditionnels. Selon les auteurs, « la propagation de la rumeur s'effectuait jadis par le bouche-à-oreille, sa vitesse et sa surface de propagation ont été démultipliées à l'heure du numérique et des réseaux sociaux ».

Dans une interview à *L'Obs*, l'historien Pierre Rosanvallon décrypte le problème posé par l'irruption des réseaux sociaux sur le marché de l'information : « jusqu'à récemment, l'opinion publique était "médiatisée" au sens premier du terme, c'est-à-dire filtrée par des grandes voix, des partis, des journaux ou des associations. Avec internet, on passe de l'ère du média à celle de l'immédiat » (20/12/20). Se perçoit ici une première révolution induite par le développement d'internet et des NTIC en général : la disparition des « *gate keepers* » que sont les journalistes, universitaires ou autres dépositaires d'un savoir, qui organisaient la diffusion et le décryptage de l'information brute livrée à la sagacité du public. Si, à n'en pas douter, ces technologies offrent des potentialités nouvelles en matière d'expression démocratique, elles présentent cet inconvénient d'une dérégulation quasi-totale du marché de l'information permettant à l'offre complotiste de trouver aisément sa demande. Pire, certains activistes interviennent de façon extrêmement soutenue sur ce marché, si bien que les propositions qu'ils diffusent acquièrent une visibilité certaine alors qu'elles ne sont pas représentatives. Par exemple, sur YouTube, parmi les vingt-cinq vidéos les plus populaires sur le thème de la vaccination, plus de la moitié développe un argumentaire contre la vaccination et seulement 10% y sont favorables (étude Antidox).

Par ailleurs, ainsi que le souligne Gérard Bronner dans *La Démocratie des crédules*, internet permet une disponibilité de l'information à un niveau jamais atteint dans l'histoire humaine. Or, contrairement aux espérances plus ou moins inspirées sur l'avènement d'une « démocratie de la connaissance », il ne suffit pas d'organiser l'accès à une information pléthorique pour diffuser les lumières de la raison. Selon le sociologue, la circulation du savoir – qui est bien réelle, n'a pas pour corolaire le recul de la croyance mais bel et bien son essor concomitant. Ceci s'explique par le « biais de confirmation », ou le fait que pour vérifier une idée à laquelle nous croyons, nous avons tendance à aller chercher des informations qui vont confirmer cette idée plutôt que le contraire ; c'est ce que la sociologie appelle classiquement « l'exposition sélective » à l'information.

Que faire ?

« Il est naïf de croire qu'en argumentant rationnellement, en apportant des preuves, des démonstrations, des raisonnements rigoureux, on peut faire reculer l'irrationnel lorsqu'il s'est implanté. Car la principale ruse du mal, pour ceux qui vivent dans les théories du complot et dans la post-vérité, c'est de revêtir l'allure du vrai : plus vous démontrez qu'une idée est fautive, plus c'est la preuve » argumente le sociologue Michel Wieviorka dans un article intitulé « Face à la "postvérité" et au "complotisme" » (revue *Socio*). De fait, il semble bien que toute tentative de faire rentrer un « complotiste » dans les rangs de la raison soit vouée à l'échec puisque toute opinion contraire est interprétée comme un signe de validité, le contradictoire se voyant inévitablement renvoyer à sa position de « dupe » ou « d'agent de l'idéologie dominante ». Cela explique pourquoi les opérations de « *fact checking* » et rubriques du même acabit adoptées par nombre de grands médias n'ont que peu de chances de présenter une quelconque efficacité face à la désinformation. Plus encore, le discrédit qui frappe les autorités politiques, morales ou intellectuelles proscrit toute intervention salutaire de leur part.

Par conséquent, si l'irrationnel se nourrit de la distance séparant les élites et une partie de la population, l'enjeu est d'abolir cette séparation qui mine la confiance réciproque nécessaire à la vie démocratique. Selon Pierre Rosanvallon, il est « important de multiplier les occasions de délibération. Mais il faut le faire de façon ouverte, en partant du principe que c'est là où il y a de fortes oppositions que la discussion est nécessaire » (*L'Obs*, 20/12/2020). Quant à la question des réseaux sociaux, l'Observatoire du conspirationnisme (Conspiracy Watch) propose, par exemple, d'élargir la diffusion et la mise à disposition de contenus de qualité produits par l'audiovisuel public ; ou encore de reconnaître à certaines associations le droit de se constituer partie civile et de porter en justice les infractions à l'article 27 de la loi de 1881 réprimant « la publication, la diffusion ou la reproduction (...) de nouvelles fausses ».

L'actualité

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 10 novembre 2020, n° 19-80.557 : caractérisation du délit d'abus de biens sociaux par intérêt dans une société tierce ; le recel est indépendant de l'infraction préalable

En l'espèce, le prévenu a été poursuivi du chef d'abus de biens sociaux pour avoir, notamment, d'une part, de 2002 à 2013, étant gérant de fait d'une première société, attribué, dans son intérêt personnel, à son épouse un salaire mensuel en rétribution d'un emploi fictif, et, d'autre part, en 2013, facturé sous le nom d'une seconde société des clients de la première société. Son épouse a également été poursuivie. Il lui était reproché d'avoir, de 2002 à fin 2012, sciemment bénéficié du produit de l'abus de bien sociaux par perception de salaires indus. Après avoir considéré que le versement des salaires n'avait pas été dissimulé, les juges du fond ont constaté la prescription de l'action publique pour les faits commis entre 2002 et le 13 janvier 2011. Pour le reste, les deux prévenus ont été déclarés coupables.

En premier lieu, la Chambre criminelle rejette le moyen tiré de l'absence de caractérisation du délit d'abus de biens sociaux. Selon elle, en mettant en exergue que le prévenu a procédé à une facturation mensongère, établie au détriment de la première société, spoliée du prix de ses prestations au bénéfice de la seconde société, dans laquelle il était directement intéressé, les juges du fond ont caractérisé en tous ses éléments, tant matériel que moral, le délit d'abus de biens sociaux commis dans l'exercice de ses fonctions par le dirigeant. Cette solution permet de rappeler que l'intérêt personnel du dirigeant, en matière d'abus de biens sociaux, peut résulter du fait qu'il est intéressé dans la société au bénéfice de laquelle l'infraction a été commise.

En deuxième lieu, la Haute juridiction judiciaire écarte le moyen tiré de la prescription des faits de recel. Selon elle, les faits de recel du produit d'abus de biens sociaux résultant de l'exécution d'un seul et même contrat de travail fictif constituent une opération délictueuse unique, de sorte que la prescription ne commence à courir, pour l'ensemble des faits, qu'après la date de la dernière perception de revenus, sous réserve d'éventuels actes interruptifs ou suspensifs du délai. Cette solution permet également de rappeler que la prescription de l'action publique applicable au recel est indépendante de celle du délit originel dont il est distinct, de sorte qu'elle ne court que du jour où il a pris fin, alors même qu'à cette date, l'infraction qui a procuré la chose serait déjà prescrite. En outre, le recel ne saurait commencer à se prescrire avant que l'infraction dont il procède soit apparue et ait pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique.

En troisième, et dernier, lieu, la Chambre criminelle estime que, le prévenu ayant été déclaré coupable de partie des faits d'abus de biens sociaux, connexes au recel retenu à l'encontre de son épouse, le grief, pris de ce que la prescription de l'action publique, constatée pour le surplus des faits d'abus de biens sociaux reprochés, interdirait au juge répressif de connaître de l'action civile en réparation du dommage causé par ces derniers, est inopérant.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 10 novembre 2020, n° 19-86.750 : application immédiate des dispositions de la loi du 23 mars 2019 relative à la composition à juge unique de la chambre des appels correctionnels

En l'espèce, le prévenu a été condamné du chef de conduite d'un véhicule sous l'emprise

d'un état alcoolique, en état de récidive. Devant la Cour de cassation, l'intéressé développe deux moyens.

En premier lieu, il invoque l'irrégularité de la composition de la chambre des appels correctionnels qui a statué à juge unique. Toutefois, la Chambre criminelle rejette ce moyen. Elle estime que le juge d'appel a pu, à bon droit, statuer à juge unique dès lors que les dispositions de l'article 510 du Code de procédure pénale, issues de la loi n°2019-222 du 23 mars 2019, relatives à cette formation de la chambre des appels correctionnels, sont applicables à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur, s'agissant de dispositions fixant les modalités des poursuites et les formes de la procédure. Cette solution permet de constater que la composition d'une juridiction ne constitue pas une loi de compétence ou d'organisation judiciaire, puisque l'article 112-2, 1°, du Code pénal prévoit que, pour ces lois, le principe d'application immédiate est exclu lorsqu'un jugement au fond a été rendu en première instance.

En second lieu, avec plus de succès, le prévenu invoque la méconnaissance des règles organisant la publicité des débats. Il indique ainsi avoir, par conclusions régulièrement déposées pour l'audience, sollicité le huis clos, arguant du fait que les débats risquaient de porter sur des informations couvertes par le secret médical. Pourtant, les débats se sont déroulés publiquement sans que la demande de huis clos ait été examinée. Logiquement, la Haute juridiction judiciaire casse l'arrêt de la Cour d'appel, qui n'a pas fait état de la demande motivée de huis-clos et n'y a pas répondu, en rappelant, notamment, que tout jugement ou arrêt doit comporter les motifs propres à justifier la décision et répondre aux chefs péremptoires des conclusions des parties.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

**Cass. crim., 10 novembre 2020, n° 19-87.136 :
l'enfant de la victime d'un homicide**

involontaire peut demander réparation au juge répressif alors qu'il n'était pas né, mais était conçu, au moment du décès

En l'espèce, à la suite d'un accident de la circulation, la prévenue a été déclarée coupable d'homicide involontaire par conducteur de véhicule terrestre à moteur sous l'emprise d'un état alcoolique et de conduite d'un véhicule à une vitesse excessive eu égard aux circonstances. La compagne du défunt s'est constituée partie civile en son nom personnel et en qualité de représentante légale de son fils, né après l'accident. Les juges du fond ont déclaré la prévenue intégralement responsable du préjudice subi par la compagne du défunt en qualité de représentante légale de son fils et l'a condamnée à payer des dommages-intérêts au titre du préjudice moral de l'enfant mineur.

Pour ce faire, les juges du fond ont énoncé que, dès sa naissance, l'enfant peut demander réparation du préjudice résultant du décès accidentel de son père survenu alors qu'il était conçu. Or, il est établi que l'enfant était conçu au jour du décès de son père, survenu un peu plus d'un mois avant sa naissance. Les juges ont, par ailleurs, retenu que l'absence du défunt auprès de son fils sera toujours ressentie douloureusement par l'enfant, qui devra se contenter des souvenirs de sa mère et de ceux de ses proches pour connaître son père et construire son identité, et qu'il souffrira de l'absence définitive de son père qu'il ne connaîtra jamais, toute sa vie. Ils en ont déduit la caractérisation du préjudice moral de l'enfant ainsi que l'existence d'un lien de causalité entre le décès accidentel et ce préjudice.

Dans son arrêt du 10 novembre 2020, la Chambre criminelle valide cette solution en rappelant que la deuxième chambre civile statue dans le même sens, reconnaissant le droit de l'enfant, dès sa naissance, à demander réparation du préjudice résultant du décès accidentel de son père survenu alors qu'il était conçu (Cass. civ. 2^{ème}, 14 décembre 2017, n° 16-26.687). On rappellera, dans le même ordre d'idée, qu'à propos de l'enfant né d'un viol, la Cour de cassation considère que le préjudice subi par l'enfant, qui ne résulte pas de sa seule naissance mais de la connaissance qu'il aura des faits en grandissant, des difficultés de construction et de l'impossibilité de faire établir

son lien de filiation paternelle, est indemnisable (Cass. crim., 23 septembre 2010, n° 09-84.108).

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 18 novembre 2020, n° 20-84.893 : pas de box vitré sans nécessité

En l'espèce, le requérant, mis en examen, notamment des chefs de meurtre et de tentative de meurtre en bande organisée, a déposé une demande de mise en liberté qui a été rejetée par le juge des libertés et de la détention et par la Chambre de l'instruction. Devant la Cour de cassation, il critique la décision rendue par cette dernière en ce qu'elle a rejeté sa demande d'être extrait, lors de l'audience, du box sécurisée, alors, notamment, qu'« *il appartient aux tribunaux de chaque pays de choisir les aménagements de sécurité les plus appropriés à une affaire donnée, en tenant compte de la nécessité de préserver une bonne administration de la justice, l'apparence d'une procédure équitable ainsi que la présomption d'innocence ; qu'ainsi l'utilisation d'un box vitré doit être justifiée par un risque pour la sécurité ou par des problèmes d'ordre dans le prétoire et ne pas relever de la simple routine (CEDH, 4 octobre 2016, Yaroslav Belousov c/ Russie, n° 2653/13 et 60980/14)* ».

Dans son arrêt du 18 novembre 2020, la Chambre criminelle note que, pour refuser la demande de comparution du mis en examen hors du box sécurisé, la Chambre de l'instruction, après avoir précisément décrit l'installation en cause et indiqué qu'elle répondait aux normes de sécurité prônées par le ministère de la justice, a énoncé que l'avocat pouvait s'entretenir efficacement et en toute confidentialité avec son client, le microphone pouvant être coupé par la juridiction sur simple demande. Par ailleurs, selon les juges du fond, la disposition géographique de ce box dans la salle et le microphone qui y est installé permettaient au comparant de s'exprimer de manière tout à fait claire et audible, de suivre les débats, de voir et d'être vu de la juridiction. Ainsi, selon la

Chambre de l'instruction, ce box assurait tant la sécurité des personnes se trouvant à l'intérieur que de celles présentes dans la salle d'audience.

La Haute juridiction judiciaire considère qu'une telle motivation est pertinente, sachant que le requérant a déjà été condamné à sept ans d'emprisonnement pour trafic de stupéfiants et est mis en examen des chefs de meurtre, tentative de meurtre en bande organisée, destruction du bien d'autrui par un moyen dangereux pour les personnes, en bande organisée, infraction à la législation sur les armes et association de malfaiteurs, à la suite d'une fusillade s'analysant en une véritable exécution de la victime en pleine rue, ce dont il ressort que la comparution derrière un box vitré était nécessaire à la sécurité de l'audience.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2020-865 QPC du 19 novembre 2020 : constitutionnalité des dispositions relatives à la requête aux fins de désignation d'un mandataire de justice par le représentant légal d'une personne morale poursuivie

Par arrêt du 9 septembre 2020, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité rédigée en ces termes : « *L'article 706-43 du code de procédure pénale ne méconnaît-il pas l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en ce qu'il laisse à la discrétion du représentant légal de la personne morale poursuivie aux côtés de celle-ci pour des faits identiques ou connexes la décision de saisir ou non le président du tribunal judiciaire d'une requête aux fins de désignation d'un mandataire de justice en privant celle-ci des droits prévus par cette disposition ?* » (Cass. crim., 9 septembre 2020, n° 20-81.008).

Dans sa décision du 19 novembre 2020, le Conseil constitutionnel rappelle que l'article 706-43 du Code de procédure pénale fixe une exception au principe de la représentation de la

personne morale pénalement poursuivie par son représentant légal lorsque les poursuites, pour des faits identiques ou connexes, sont également engagées à l'encontre dudit représentant. Dans cette hypothèse, il prévoit une procédure de désignation d'un mandataire de justice pour représenter la personne morale. Alors que, dans sa version initiale, issue de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, la désignation du mandataire *ad hoc* était obligatoire, elle est, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, facultative et laissée à l'initiative de son représentant légal. Or, il peut en résulter, si le représentant légal, également prévenu à titre personnel, s'abstient de demander la désignation d'un mandataire de justice, qu'il opère des choix, au regard des droits de la défense de la personne morale, contraires aux intérêts de cette dernière, afin notamment de favoriser ses intérêts propres.

Toutefois, les Sages rappellent que, dans cette hypothèse, les organes de la personne morale demeurent compétents, dans les conditions prévues par la loi ou les statuts, pour imposer à son représentant légal de solliciter la désignation d'un mandataire de justice, lui retirer son mandat de représentation en justice ou désigner un autre représentant légal. Par ailleurs, les dispositions du deuxième alinéa de l'article 706-43 du Code de procédure pénale permettent une représentation de la personne morale par toute personne bénéficiant, conformément à la loi ou à ses statuts, d'une délégation de pouvoir à cet effet. Cette délégation de pouvoir peut être octroyée à tout moment par les organes de la personne morale.

En conséquence, le Conseil estime que le grief tiré de la méconnaissance des droits de la défense doit être écarté, de sorte que les dispositions contestées, qui ne méconnaissent aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarées conformes à la Constitution.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 25 novembre 2020, n° 19-85.091 : le délit de banqueroute par détournement de l'actif du débiteur ne constitue pas une infraction occulte par nature

En l'espèce, le 18 novembre 2011, le créancier d'une entreprise individuelle de maîtrise d'œuvre a adressé un courrier au procureur de la République pour l'informer d'un litige l'opposant à cette entreprise. L'enquête alors mise en œuvre a permis de révéler que cette entreprise avait été placée en redressement judiciaire le 13 novembre 2002, puis qu'une procédure de liquidation judiciaire avait été ouverte le 27 mars 2009. Les investigations ont également mis en évidence que des virements avaient été effectués, entre avril 2008 et mars 2009, par l'entreprise individuelle au profit d'une autre société gérée par le même dirigeant. Ledit gérant et la seconde société ont été poursuivis et condamnés du chef, respectivement, de banqueroute et de recel de ce délit.

Au soutien de leur pourvoi en cassation, les deux prévenus invoquaient l'extinction de l'action publique par la prescription. À ce propos, dans son arrêt du 25 novembre 2020, la Chambre criminelle affirme que le délit de banqueroute par détournement de tout ou partie de l'actif du débiteur ne constitue pas, au regard de ses éléments constitutifs, une infraction occulte par nature. Elle ajoute qu'en matière de banqueroute, conformément aux dispositions de l'article L. 654-16 du Code de commerce, la prescription de l'action publique ne court que du jour du jugement ouvrant la procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, lorsque les faits incriminés sont apparus avant cette date. Le report du point de départ de la prescription est alors justifié, selon elle, par le fait que l'exercice de poursuites du chef de banqueroute est subordonné à l'ouverture d'une procédure collective. Il en résulte que, lorsque les faits sont apparus entre le jour du jugement ouvrant une procédure de

redressement judiciaire et le jour du jugement prononçant la liquidation judiciaire, il n'y a pas lieu de repousser le point de départ du délai de prescription à la date de cette seconde décision. En conséquence de ce qui précède, la Haute juridiction judiciaire considère que, lorsque le détournement constitutif du délit de banqueroute a été réalisé postérieurement au jugement ouvrant une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, le délai de prescription court à compter de la date de commission des faits, sauf s'il est établi que l'infraction a été délibérément dissimulée.

Or, en l'espèce, pour écarter l'exception de prescription soulevée par le prévenu, poursuivi pour des faits qualifiés de banqueroute, commis entre avril 2008 et mars 2009, l'arrêt attaqué relève que l'entreprise individuelle a été placée en redressement judiciaire le 13 novembre 2002, puis que la liquidation judiciaire a été prononcée le 27 mars 2009. Les juges du fond retiennent, par ailleurs, que le délai de prescription de l'action publique a commencé à courir le 18 novembre 2011, jour de la dénonciation des faits au procureur de la République effectuée par l'un des créanciers de l'entreprise, date à partir de laquelle le ministère public a fait diligenter une enquête. Ils en concluent que la période de prévention antérieure à cette date ne pouvait être atteinte par les délais de la prescription et que les différents actes d'enquête accomplis à compter de cette date ayant interrompu la prescription jusqu'à la citation renvoyant les prévenus devant le tribunal correctionnel, la prescription n'a jamais été acquise. Ce raisonnement est censuré par la Chambre criminelle qui, par application des règles susmentionnées, reproche à la Cour d'appel de ne pas avoir caractérisé l'existence d'une dissimulation de nature à retarder le point de départ de la prescription sur l'ensemble de la période de prévention.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 25 novembre 2020, n° 19-85.205 : l'indifférence des mobiles appliquée au délit de banqueroute

En l'espèce, l'un des actionnaires d'une société civile immobilière (ci-après désignée SCI) a déposé plainte auprès du procureur de la République pour abus de confiance au motif que les dirigeants auraient détourné une partie de la trésorerie au profit d'une autre personne morale dont ils assuraient également la direction. Par jugement du tribunal de grande instance du 15 octobre 2013, une procédure de redressement judiciaire a été ouverte au profit de la SCI, la date de cessation des paiements étant fixée au 13 septembre 2013. L'administrateur provisoire a, par la suite, transmis au procureur de la République le rapport d'expertise comptable établi par l'expert désigné par le tribunal dans le cadre de cette procédure au motif que certaines irrégularités étaient susceptibles de revêtir une qualification pénale. À l'issue des investigations, les dirigeants ont été poursuivis devant le tribunal correctionnel, en qualité de dirigeants de fait ou de droit de la SCI, des chefs de banqueroute par emploi de moyens ruineux, tenue irrégulière de comptabilité et absence de comptabilité. Condamnés en première instance, les juges ayant fixé la date de cessation des paiements au 21 mai 2012, les prévenus ont bénéficié d'une relaxe devant la Cour d'appel.

Dans son arrêt du 25 novembre 2020, la Chambre criminelle affirme, en premier lieu, que la Cour d'appel a valablement pu retenir comme date de cessation des paiements celle fixée par le jugement d'ouverture de la procédure collective. En effet, si la cessation des paiements, constatée par le jugement d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, est une condition préalable nécessaire à l'exercice de poursuites des chefs de banqueroute par emploi de moyens ruineux, tenue d'une comptabilité manifestement irrégulière ou absence de comptabilité, sa date est sans incidence sur la caractérisation de ces

délits, qui peuvent être retenus indifféremment pour des faits commis antérieurement ou postérieurement à la cessation des paiements.

En deuxième lieu, la Haute juridiction judiciaire rappelle qu'il résulte notamment de l'article 121-3 du Code pénal que la caractérisation de l'élément moral des délits de banqueroute par absence de comptabilité ou tenue d'une comptabilité manifestement irrégulière suppose la seule conscience de son auteur de se soustraire à ses obligations comptables légales. Elle n'exige donc pas la preuve que le prévenu a eu la volonté, soit d'éviter ou de retarder la constatation de l'état de cessation des paiements, soit d'affecter la consistance de l'actif disponible dans des conditions de nature à placer l'intéressé dans l'impossibilité de faire face au passif exigible. Or, pour entrer en voie de relaxe, les juges du fond, après avoir constaté la tenue irrégulière de la comptabilité de la SCI en 2011 et l'absence de comptabilité en 2012 et 2013, ont affirmé, notamment, qu'ils ne disposaient d'aucun élément permettant de considérer que les irrégularités en cause auraient eu lieu dans l'objectif de retarder la constatation de l'état de cessation des paiements. Cette prise en compte des mobiles est logiquement censurée par la Cour de cassation.

En troisième lieu, la Chambre criminelle rappelle qu'il appartient aux juges d'ordonner les mesures d'instruction dont ils reconnaissent eux-mêmes la nécessité. Or, en l'espèce, pour relaxer les prévenus, les juges du fond ont également affirmé qu'ils ne disposaient d'aucune expertise comptable ordonnée dans le cadre du dossier pénal et qu'il ne pouvait être déduit, notamment, des éléments relevés par l'expert désigné par le tribunal de grande instance que les dirigeants de la société avaient eu l'intention de retarder la date de cessation des paiements. Cette argumentation est censurée puisque, dans une telle situation d'investigations incomplètes, la Cour d'appel devait procéder à la recherche de la vérité, au besoin en ordonnant un supplément d'information concernant les éléments dont elle reconnaissait elle-même la nécessité.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 25 novembre 2020, n° 20-84.886 : effectivité de la jurisprudence consacrant l'indignité de la détention comme obstacle à la poursuite de cette détention

En l'espèce, le juge des libertés et de la détention avait rejeté la demande de mise en liberté d'un détenu provisoire. La Chambre de l'instruction avait confirmé ce rejet.

Dans son arrêt du 25 novembre 2020, la Chambre criminelle rappelle que tout arrêt de la Chambre de l'instruction doit comporter les motifs propres à justifier sa décision et répondre aux articulations essentielles des mémoires des parties. Or, en l'espèce, pour confirmer l'ordonnance du juge des libertés et de la détention, en écartant le moyen pris de ce que le détenu donnait une description de ses conditions personnelles de détention à la maison d'arrêt suffisamment crédible, précise et actuelle pour constituer un commencement de preuve du caractère indigne de sa détention et justifier des vérifications complémentaires, la Chambre de l'instruction a énoncé que sont décrites essentiellement les conditions générales de détention au sein de la maison d'arrêt et que l'intéressé ne démontre pas en quoi ses conditions personnelles de détention affecteraient sa santé physique ou psychologique. Selon la Cour de cassation, en statuant de la sorte, la Chambre de l'instruction n'a pas justifié sa décision.

En effet, saisie d'une description du demandeur qui évoquait une cellule infestée de punaises et de cafards, l'absence de chaise, la saleté repoussante des douches et le sous-dimensionnement de la cour de promenade, la Chambre de l'instruction devait en apprécier le caractère précis, crédible et actuel, sans s'arrêter au fait que cette description ne renverrait qu'aux conditions générales de détention à la maison d'arrêt, ni exiger du demandeur qu'il démontre le caractère indigne de ses conditions personnelles de détention. Les juges ne pouvaient non plus exiger de l'intéressé qu'il

démontre que ses conditions personnelles de détention affectaient sa santé physique ou psychologique. En conséquence, la cassation est prononcée.

Cette solution, qui rappelle qu'il incombe au détenu d'apporter un simple commencement de preuve du caractère indigne des conditions de sa détention, permet de garantir l'effectivité de la nouvelle jurisprudence de la Chambre criminelle au terme de laquelle de telles conditions indignes sont désormais susceptibles de constituer un obstacle à la poursuite de la détention (Cass. crim., 8 juillet 2020, n° 20-81.739).

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 25 novembre 2020, n° 18-86.955 : évolution jurisprudentielle relative au transfert de responsabilité pénale en cas de fusion-absorption

En l'espèce, à l'issue d'une information judiciaire ouverte après l'incendie des entrepôts de stockage d'archives d'une société, cette dernière a été convoquée à l'audience du tribunal correctionnel du 23 novembre 2017, du chef de destruction involontaire de bien appartenant à autrui par l'effet d'un incendie provoqué par manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi. Néanmoins, le 31 mars 2017, ladite société avait été absorbée par une autre société dans le cadre d'une opération de fusion-absorption. Les parties civiles ont alors fait citer la société absorbante à comparaître à l'audience du 23 novembre 2017. En outre, cette dernière société est intervenue volontairement à la procédure.

Le tribunal correctionnel a ordonné un supplément d'information afin de déterminer, notamment, les circonstances de l'opération de fusion-absorption. Après avoir vainement contesté le recours à un supplément d'information devant la Cour d'appel, la société absorbante a formé un pourvoi en cassation. Elle invoquait la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation aux termes de laquelle une

société absorbante n'est pas pénalement responsable des infractions commises par la société absorbée avant la fusion-absorption en application du principe de personnalité de la responsabilité pénale (voir, notamment : Cass. crim., 20 juin 2000, n° 99-86.742 ; 25 octobre 2016, n° 16-80.366 et 29 juin 2016, n° 16-90.009). Pourtant, dans son arrêt du 25 novembre 2020, rendu en formation plénière, la Chambre criminelle modifie sa jurisprudence en admettant, de manière encadrée, que la société absorbante puisse être condamnée pénalement pour des faits commis, avant la fusion-absorption, par la société absorbée. Les éléments d'encadrement de cette nouvelle jurisprudence sont relatifs à ses champs d'application *ratione materiae* et *ratione temporis*.

Ratione materiae, la Chambre criminelle affirme que le juge, qui constate qu'il a été procédé à une opération de fusion-absorption entrant dans le champ de la directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978, relative à la fusion des sociétés anonymes, peut, après avoir constaté que les faits objet des poursuites sont caractérisés, déclarer la société absorbante coupable de ces faits. Cette nouvelle position repose sur l'abandon de l'idée selon laquelle l'opération de fusion-absorption, qui entraîne la dissolution de la société absorbée, serait assimilable au décès d'une personne physique. Selon la Chambre criminelle, « *cette approche anthropomorphique de l'opération de fusion-absorption doit être remise en cause car, d'une part, elle ne tient pas compte de la spécificité de la personne morale, qui peut changer de forme sans pour autant être liquidée, d'autre part, elle est sans rapport avec la réalité économique* ». De la sorte, la Haute juridiction judiciaire reprend une approche fondée sur l'existence d'une continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise entre la société absorbée et la société absorbante. Ce critère avait permis, notamment, à la Cour européenne des droits de l'Homme d'admettre que l'amende civile sanctionnant des pratiques restrictives de concurrence peut être prononcée contre la société absorbante sur le fondement du principe de la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise (CEDH, déc., 1^{er} octobre 2019, *Carrefour France c/ France*, n° 37858/14).

Cette nouvelle approche permet à la Chambre criminelle d'intégrer à sa jurisprudence l'arrêt de la Cour de justice du 5 mars 2015 aux termes duquel l'article 19 de la directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 doit être interprété en ce sens qu'une fusion par absorption entraîne la transmission, à la société absorbante, de l'obligation de payer une amende infligée par décision définitive après cette fusion pour des infractions au droit du travail commises par la société absorbée avant la fusion (CJUE, 5 mars 2015, *Modelo Continente Hipermercados SA c/ Autoridade para as Condições de Trabalho*, C-343/13). Dans un arrêt du 25 octobre 2016, évoquant l'obligation de transposition des directives, la Haute juridiction judiciaire avait refusé de faire application de cette jurisprudence européenne au motif que la directive du 9 octobre 1978, telle qu'interprétée en son article 19 par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt du 5 mars 2015, est dépourvue d'effet direct à l'encontre des particuliers (Cass. crim., 25 octobre 2016, n° 16-80.366). Dans son arrêt du 25 novembre 2020, elle admet finalement que l'article 121-1 du Code pénal peut désormais être interprété comme permettant un transfert de responsabilité pénale depuis la société absorbée vers la société absorbante, de sorte que la transposition de l'interprétation opérée par la Cour de Luxembourg ne s'impose plus.

Pour autant, la Chambre criminelle n'opère un revirement que pour ce qui est strictement nécessaire au regard de la primauté du droit de l'Union. Elle affirme, en effet, dans le sillage de la Cour de justice, que le transfert de responsabilité pénale ne peut opérer que pour les sociétés entrant dans le champ d'application de la directive du 9 octobre 1978, c'est-à-dire les sociétés par actions, de sorte que, pour les autres sociétés, la solution traditionnelle, respectueuse du principe de personnalité de la responsabilité pénale, demeure d'actualité. En outre, ce transfert de responsabilité pénale ne permet la condamnation de la société absorbante qu'à une peine pécuniaire, d'amende ou de confiscation, pour les faits constitutifs d'une infraction commis par la société absorbée avant l'opération de fusion-absorption. En conséquence, les peines, telles que l'affichage de la décision, la fermeture d'établissement ou la dissolution, prévues aux

articles 131-37 à 131-39-2 du Code pénal, ne peuvent être prononcés.

Par ailleurs, au-delà de l'alignement de la doctrine de la Cour de cassation sur la jurisprudence européenne, la Chambre criminelle affirme explicitement, dans son arrêt du 25 novembre 2020 que « *l'existence d'une fraude à la loi permet au juge de prononcer une sanction pénale à l'encontre de la société absorbante lorsque l'opération de fusion-absorption a eu pour objectif de faire échapper la société absorbée à sa responsabilité pénale* ». L'adage « *fraus omnia corrumpit* » permet alors de neutraliser le principe de personnalité de la responsabilité pénale et d'éviter une impunité choquante. Cette solution, qui est indépendante de la mise en œuvre de la directive de 1978, a vocation à s'appliquer à tout type de société et à permettre le prononcé de toute peine encourue pour l'infraction en cause.

Ratione temporis, la Cour de cassation décide d'opérer une modulation dans le temps de sa nouvelle jurisprudence. Elle explique, en effet, que l'interprétation nouvelle de l'article 121-1 du Code pénal, qui constitue un revirement de jurisprudence, ne peut s'appliquer aux fusions antérieures à l'arrêt du 25 novembre 2020 sans porter atteinte au principe de prévisibilité juridique découlant de l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales dont il résulte que tout justiciable doit pouvoir savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente, au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux et, le cas échéant, après avoir recouru à des conseils éclairés, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale et quelle peine il encourt de ce chef (voir, notamment, à ce propos : CEDH, 10 octobre 2006, *Pessino c/ France*, n° 40403/02). En conséquence, cette nouvelle interprétation ne saurait s'appliquer dans la présente affaire.

En revanche, pour ce qui concerne la solution dégagée à propos de l'hypothèse de la fusion ou de la fusion-absorption réalisée par fraude, la Chambre criminelle affirme que, « *si la Cour de cassation n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur ce point, sa doctrine, qui ne saurait ainsi constituer un revirement de jurisprudence, n'était pas imprévisible. Elle est donc applicable aux fusions-absorptions conclues avant le*

présent arrêt ». En effet, si la Chambre criminelle ne s'était pas encore prononcée explicitement sur cette question, la Chambre commerciale avait expressément réservé l'hypothèse de la fraude comme exception au principe de l'exclusion de la responsabilité (Cass. com., 15 juin 1999, n° 97-16.439), de sorte que la solution ici dégagée était prévisible.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

CE, 27 novembre 2020, n° 446712, 446724, 446728, 446736, 446816 : le Conseil d'État suspend la possibilité de recourir à la visio-conférence devant les juridictions criminelles

En l'espèce, le 18 novembre 2020, a été adoptée une ordonnance d'adaptation des règles de procédure pénale tendant à permettre la continuité de l'activité des juridictions pénales malgré le contexte pandémique. Ce texte prévoyait notamment l'extension du recours à la visio-conférence. En réaction des associations, fédérations, syndicats et ordres d'avocats, le Conseil national des barreaux, le syndicat de la magistrature, la Ligue des droits de l'Homme et l'Association pour la défense des droits des détenus ont déposé des requêtes auprès du Conseil d'État aux fins d'obtenir la suspension de l'exécution de ces dispositions. Les requérants faisaient valoir que ces dispositions méconnaissaient, notamment, les droits de la défense et le droit à un procès équitable.

Dans sa décision du 27 novembre 2020, le Conseil d'État décide de suspendre les dispositions de l'article 2 de l'ordonnance contestée autorisant le recours à la visio-conférence devant les juridictions criminelles. Pour ce faire, la Haute juridiction administrative rappelle la gravité des peines encourues et le rôle primordial dévolu à l'intime conviction lors d'un procès criminel desquels découle une place spécifique à l'oralité des débats. Elle souligne, par ailleurs, le **caractère essentiel de la présence physique des parties** durant le réquisitoire, au cours des plaidoiries et, plus particulièrement, à l'occasion de la prise de

parole de l'accusé avant la clôture des débats. Le Conseil juge donc que l'article 2 de l'ordonnance contestée porte une atteinte grave et manifestement illégale aux droits de la défense et au droit à un procès équitable en ce qu'il concerne les juridictions criminelles.

Par ailleurs, le Conseil d'État formule une réserve d'interprétation s'agissant de l'utilisation de la visio-conférence dans le contentieux de la détention provisoire devant la Chambre de l'instruction. Se fondant sur trois décisions récentes du Conseil constitutionnel (Cons. const., déc. n° 2019-778 DC du 21 mars 2019 ; déc. n° 2019-802 QPC du 20 septembre 2019 et déc. n° 2020-836 QPC du 30 avril 2020), il rappelle que, nonobstant la possibilité offerte par l'article 2 de recourir à la visio-conférence, le président de la Chambre de l'instruction demeure tenu de s'assurer que la personne détenue a la possibilité de comparaître physiquement devant la Chambre avec une **périodicité raisonnable**.

Pour le reste, la Haute juridiction administrative refuse de suspendre les dispositions de l'article 2 en ce qu'elles autorisent le recours à la visio-conférence devant l'ensemble des juridictions pénales. Elle souligne le caractère nécessaire de ce recours face aux difficultés que rencontre l'administration pénitentiaire pour effectuer les extractions en période de pandémie. Elle rappelle, par ailleurs, que les magistrats demeurent tenus d'apprécier si les difficultés justifient effectivement l'usage de la visio-conférence et de vérifier que la technologie utilisée permet de certifier l'identité des personnes concernées, la transmission et la confidentialité des échanges, en particulier entre l'avocat et son client. Enfin, le Conseil d'État souligne que l'usage de la visio-conférence permet au justiciable de voir sa cause entendue dans un délai raisonnable en évitant les renvois.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP**Cass. crim., 1^{er} décembre 2020, n° 20-82.078 :
présomption de régularité du versement
d'éléments de preuve dont les conditions de
recueil sont restées incertaines**

En l'espèce, avait été diffusée sur les réseaux sociaux une vidéo filmée lors d'un rassemblement, montrant un homme recevant des coups de la part d'un autre, porteur d'un casque siglé CRS, à propos duquel la presse indiquait qu'il s'agissait d'un adjoint au chef de cabinet du président de la République. À la suite de ces faits, dans le cadre d'une information judiciaire, cet adjoint a été mis en examen et placé sous contrôle judiciaire avec, notamment, l'interdiction d'entrer en relation avec les autres mis en examen, parmi lesquels un gendarme réserviste au sein de la garde républicaine, également présent lors des faits sans y avoir été autorisé.

Par la suite, a été publié sur internet un article de presse révélant l'existence d'une rencontre entre les deux mis en examen susmentionnés, en violation des obligations de leur contrôle judiciaire, auquel étaient joints des extraits sonores de conversations entre les deux mis en examen. Interrogés, les journalistes, auteurs de l'article, ont accepté de remettre aux enquêteurs les originaux des fichiers audios, lesquels ont fait l'objet d'une transcription, mais ont invoqué le droit à la protection de leurs sources s'agissant des conditions dans lesquelles ils étaient entrés en possession desdits enregistrements.

Le mis en examen, auteur suspecté des coups, a saisi la Chambre de l'instruction d'une requête en nullité visant, notamment, le procès-verbal de versement de ces enregistrements à la procédure. Pour écarter le moyen de nullité, les juges du fond ont énoncé que les impératifs de loyauté et de légalité de la preuve ne s'appliquent pas aux journalistes, qui sont des personnes privées, tiers au procès, et que l'impossibilité de connaître l'origine des enregistrements sonores met en cause, non pas

la régularité de la procédure, mais le contrôle de la valeur probante de ceux-ci.

Selon la Chambre criminelle, « *si la circonstance que les enregistrements litigieux ont été remis aux enquêteurs par des journalistes ne saurait en elle-même conduire à exclure que l'autorité publique, sur qui seule pèse une obligation de légalité et de loyauté dans le recueil des preuves, ait concouru à la réalisation de ces enregistrements* », l'arrêt n'encourt pas, pour autant, la censure. En effet, d'une part, il résulte des pièces de la procédure que des investigations, dont il n'est pas soutenu qu'elles seraient incomplètes, ont été conduites pour déterminer l'origine des enregistrements litigieux. D'autre part, le versement au dossier d'éléments de preuve ne saurait être déclaré irrégulier au seul motif que les conditions de leur recueil sont restées incertaines.

Cette solution permet de garantir l'effectivité de la jurisprudence traditionnelle de la Chambre criminelle aux termes de laquelle les particuliers sont recevables à produire toute preuve devant le juge répressif, quelles que soient les circonstances de leur obtention.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP**Cons. const. déc. n° 2020-870 QPC du 4
décembre 2020 : non-lieu à statuer sur la
question prioritaire de constitutionnalité
relative à l'assistance de l'avocat lors d'une
audition libre en matière contraventionnelle**

Par arrêt du 14 octobre 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 de l'article 61-1 du code de procédure pénale [dans leur rédaction issue de la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014], en ce qu'elles ne prévoient l'assistance d'un avocat lors d'une audition libre qu'en matière criminelle ou délictuelle et l'excluent en matière contraventionnelle, sont-elles conformes aux droits et libertés que la Constitution garantit et spécialement aux droits de la défense protégés*

par l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ? ». Selon la Haute juridiction judiciaire, cette question présente un caractère sérieux en ce que la disposition contestée est susceptible de porter atteinte aux droits de la défense dès lors qu'elle subordonne le droit à l'assistance d'un avocat à l'imputation d'un crime ou d'un délit puni d'une peine privative de liberté et non à la suspicion, pesant sur la personne entendue, de la commission d'une infraction, quelles que soient sa nature et sa sanction (Cass. crim., 14 octobre 2020, n° 20-90.018).

Dans sa décision du 4 décembre 2020, le Conseil constitutionnel rappelle qu'aux termes du troisième alinéa de l'article 62 de la Constitution, « *les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ». Selon lui, « *l'autorité des décisions visées par cette disposition s'attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même. Elle fait obstacle à ce que le Conseil soit saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la même version d'une disposition déclarée contraire à la Constitution, sauf changement des circonstances* ».

Or, dans sa décision du 8 février 2019, le Conseil constitutionnel a déjà déclaré l'article 61-1 du Code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi du 27 mai 2014, contraire à la Constitution et décidé de reporter son abrogation au 1^{er} janvier 2020 (Cons. const., déc. n° 2018-762 QPC du 8 février 2019 : décision concernant l'audition libre d'un mineur). Selon le Conseil, le fait que la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 ait donné une nouvelle rédaction à l'article 61-1 du Code de procédure pénale, applicable à compter du 1^{er} juin 2019, ne constitue pas un changement des circonstances justifiant le réexamen de cet article dans sa rédaction issue de la loi du 27 mai 2014, seule applicable au litige.

En conséquence, même si le grief d'inconstitutionnalité soulevé, en l'espèce, par la société requérante diffère de celui qui avait justifié la censure, il n'y a pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, de se prononcer sur la question prioritaire de constitutionnalité.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 8 décembre 2020, n° 20-83.885 : le recours à une vidéosurveillance sur la voie publique dans l'enquête de police impose une autorisation préalable et un contrôle par le procureur de la République

En l'espèce, une enquête préliminaire a été ouverte à la suite du renseignement selon lequel une habitation était susceptible d'abriter une plantation d'herbe de cannabis. Les investigations ont permis de confirmer qu'une culture de produits stupéfiants avait bien eu lieu dans cette maison et environ cinq kilogrammes d'herbe de cannabis, séchée et visiblement abandonnée, y ont été découverts. Les enquêteurs ont alors, dans le cadre de l'enquête préliminaire, mis en place des surveillances physiques, appuyées par des moyens vidéos sur la voie publique, puis procédé à l'interpellation de différentes personnes. L'une de ces personnes, qui avait été filmée par le moyen de vidéosurveillance utilisé, a été mise en examen. Elle a déposé, par l'intermédiaire de son conseil, une requête devant la Chambre de l'instruction aux fins de voir constater que les vidéosurveillances réalisées sur la voie publique avaient été mises en œuvre sans l'accord d'un magistrat du siège indépendant et, en conséquence, de voir ordonner la nullité des procès-verbaux relatifs aux surveillances précitées ainsi que la cancellation de différents actes subséquents.

La Chambre de l'instruction a rejeté cette requête en nullité. Pour ce faire, elle a affirmé que l'installation de vidéosurveillance enregistrant l'image d'une ou plusieurs personnes présentes dans un lieu public est étrangère aux dispositions de l'article 706-96 du Code de procédure pénale, concernant les opérations de sonorisation, le législateur ayant estimé que la présence d'un individu, dans un tel lieu, étant par nature susceptible d'être vue par quiconque, il n'y avait pas lieu de prévoir un dispositif légal spécifique pour en capter et fixer

l'image. Elle a également considéré que la mise en œuvre d'un tel dispositif n'implique pas d'acte de contrainte, ni d'atteinte à l'intégrité des personnes dont l'image est ainsi recueillie, ni de saisie, d'interception ou d'enregistrement des paroles de ces personnes et que les officiers de police judiciaire, agissant en préliminaire, tiennent de l'article 14 du Code de procédure pénale le droit de mettre en place et d'exploiter, au surplus avec l'autorisation préalable du procureur de la République et sous le contrôle de celui-ci, un dispositif de vidéosurveillance ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, de capter, fixer et enregistrer les images de personnes se trouvant dans un lieu public, afin d'identifier les auteurs ou complices d'infractions.

Dans son arrêt du 8 décembre 2020, la Chambre criminelle estime que les juges du fond ont eu tort d'écarter toute atteinte à la vie privée pouvant résulter de la mise en œuvre d'une vidéosurveillance sur la voie publique et de considérer que les enquêteurs pouvaient y procéder sans autorisation du procureur de la République. Elle affirme, en effet, que c'est le procureur de la République qui tient des articles 39-3 et 41 du Code de procédure pénale le pouvoir de faire procéder, sous son contrôle effectif et selon les modalités qu'il autorise s'agissant de sa durée et de son périmètre, à une vidéosurveillance sur la voie publique, aux fins de rechercher la preuve des infractions à la loi pénale. L'ingérence dans la vie privée qui résulte d'une telle mesure, présentant par sa nature même un caractère limité et étant proportionnée au regard de l'objectif poursuivi, n'est pas contraire à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Pour autant, en l'espèce, l'arrêt attaqué n'encourt pas la censure, dès lors qu'il résulte de ses propres constatations que le procureur de la République a spécialement autorisé les enquêteurs à installer le dispositif contesté selon des modalités précises et qu'il en a effectivement assuré le contrôle.

Cette solution complète la jurisprudence de la Chambre criminelle ayant admis le recours, dans l'information judiciaire, à des mesures de vidéosurveillance sur la voie publique sous réserve d'une autorisation préalable et d'un contrôle du juge d'instruction (Cass. crim., 11

décembre 2018, n° 18-82.365 et 18 juin 2019, n° 18-86.421).

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 15 décembre 2020, n° 20-85.461 : vade-mecum de l'appréciation du caractère indigne d'une détention

En l'espèce, un mis en examen avait été placé en détention provisoire. Sa détention avait été prolongée, une première fois, par ordonnance du juge des libertés et de la détention, confirmée par arrêt de la Chambre de l'instruction. Une nouvelle prolongation avait été ordonnée par le juge des libertés et de la détention dont l'ordonnance a fait l'objet d'un appel.

La Chambre de l'instruction a confirmé l'ordonnance du juge des libertés et de la détention prolongeant la détention provisoire et écarté le moyen pris de conditions indignes de détention. Pour ce faire, elle a énoncé, au vu d'un rapport du chef d'établissement du centre pénitentiaire, transmis à la suite d'un arrêt avant dire droit ayant ordonné des vérifications sur les conditions de détention du mis en examen, que celui-ci occupe une cellule prévue pour deux personnes, occupée la plupart du temps par trois personnes, dans laquelle il dispose d'un espace individuel de plus de 3 m², en l'occurrence 3,83 m². Elle a ajouté que la cellule dispose d'une fenêtre, que son équipement permet de satisfaire aux besoins essentiels de la vie quotidienne, que seul un mur de la partie sanitaire présente des moisissures, les autres murs n'étant pas dégradés, que si les portes battantes fermant normalement cet espace sont utilisées à d'autres fins par les détenus, le respect de l'intimité est assuré par la présence d'un drap utilisé comme rideau, ce dont l'intéressé ne s'est jamais plaint, qu'il est affecté aux ateliers, passe 6 heures 30 par jour hors de sa cellule en semaine, qu'il a en outre accès une heure par jour à la cour de promenade et à la bibliothèque le samedi matin, même s'il ne paraît pas s'y rendre, qu'il bénéficie d'un accès

effectif aux soins et que l'administration justifie de la mise en place de mesures variées et réitérées pour remédier à la présence de nuisibles résultant notamment du jet de détritus. La Chambre de l'instruction en a conclu que les conditions de détention du mis en examen ne peuvent être considérées comme indignes et justifier sa mise en liberté.

Dans son arrêt du 15 décembre 2020, la Chambre criminelle estime que la Chambre de l'instruction, qui a appliqué les principes et normes définis par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH, 20 octobre 2016, *Mursic c/ Croatie*, n° 7334/13 et 30 janvier 2020, *J.M.B. et autres c/ France*, n° 9671/15), en a exactement déduit que les conditions de détention de l'intéressé n'étaient pas indignes.

Elle rappelle, en effet, que, dans une situation de surpopulation carcérale, pour que les conditions de détention respectent l'article 3 de la Convention, relatif à l'interdiction de la torture et des mauvais traitements, il résulte de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg que chaque détenu placé en cellule collective doit bénéficier d'une surface personnelle minimale au sol de 3 m², hors installations sanitaires. Si tel n'est pas le cas, le manque d'espace personnel donne lieu à une forte présomption de violation de l'article 3. Celle-ci ne peut normalement être réfutée que si tous les facteurs suivants sont réunis : les réductions d'espace personnel par rapport au minimum requis sont courtes, occasionnelles et mineures, elles s'accompagnent d'une liberté de circulation suffisante hors de la cellule et d'activités hors cellule adéquates et l'établissement pénitentiaire offre, de manière générale, des conditions de détention décentes et le détenu n'est pas soumis à d'autres éléments considérés comme des circonstances aggravantes de mauvaises conditions de détention.

Quand l'espace personnel est compris entre 3 et 4 m², le facteur spatial demeure un élément de poids et d'autres aspects des conditions de détention sont à prendre en considération pour examiner le respect de l'article 3. Parmi ces éléments figurent la possibilité d'utiliser les toilettes de manière privée, l'aération disponible, l'accès à la lumière et à l'air naturels, la qualité du chauffage et le respect des exigences sanitaires de base. Concernant les installations sanitaires et

l'hygiène, les détenus doivent jouir d'un accès facile à ce type d'installation, qui doit leur assurer la protection de leur intimité et ne pas être seulement partiellement cloisonné. La présence d'animaux nuisibles doit être combattue par les autorités pénitentiaires, par des moyens efficaces et des vérifications régulières des cellules, en particulier quant à l'état des draps et des endroits de stockage d'aliments.

Enfin, lorsqu'un détenu dispose de plus de 4 m² d'espace personnel, le facteur spatial ne pose pas de problème en lui-même et les autres aspects de ses conditions matérielles de détention demeurent pertinents aux fins de l'appréciation du caractère adéquat de ses conditions de détention au regard de l'article 3.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 16 décembre 2020, n° 20-85.289 : même lorsque l'intéressé réside à l'étranger, le recours à un mandat d'arrêt doit être nécessaire et proportionné

En l'espèce, une information judiciaire a été ouverte à la suite de plusieurs plaintes visant une personne dénommée, relatives à des faits, notamment, de violences avec préméditation, d'appels téléphoniques malveillants et de menaces de mort. Un réquisitoire supplétif visant une qualification criminelle a, par la suite, été pris. Les recherches effectuées pour localiser le suspect ont permis d'établir deux adresses parisiennes et le fait qu'il se trouvait en Israël depuis plusieurs mois.

Un mandat de recherche a alors été décerné par le juge d'instruction, puis un mandat d'arrêt, accompagné d'une demande d'extradition avec demande d'arrestation provisoire adressée aux autorités israéliennes. Par la suite, la personne mise en cause a fait parvenir un courrier au juge d'instruction afin de désigner son avocat pour assurer sa défense et a indiqué élire domicile chez ce dernier. Au terme de son information judiciaire, le magistrat instructeur a délivré une ordonnance de mise en

accusation qui a fait l'objet d'un appel par l'avocat de l'intéressé.

La Chambre de l'instruction a rejeté cet appel qui faisait valoir que l'intéressé résidait à l'étranger depuis plusieurs années, que son adresse était connue de l'autorité judiciaire, qu'il s'était tenu à la disposition de la justice française à l'occasion de l'exécution d'une commission rogatoire internationale en Israël en un temps contemporain de l'émission du mandat d'arrêt entrepris et qu'il n'avait jamais eu la volonté de se soustraire à d'éventuelles poursuites, de sorte que le mandat émis à son encontre n'était pas nécessaire. Pour ce faire, les juges du fond ont affirmé qu'un mandat d'arrêt peut être décerné contre une personne, soit en fuite, soit résidant à l'étranger, si les faits objet de l'information sont punis d'une peine d'emprisonnement ou d'une peine plus grave.

Dans son arrêt du 16 décembre 2020, la Chambre criminelle affirme qu'il se déduit de l'article 131 du Code de procédure pénale que le juge d'instruction ne peut délivrer un mandat d'arrêt à l'encontre d'une personne résidant hors du territoire de la République, mais qui n'est pas en fuite, sans avoir effectué les démarches requises pour l'entendre et sans avoir apprécié le caractère nécessaire et proportionné de cette mesure de contrainte en fonction des circonstances de l'espèce. Or, en l'espèce, la personne mise en cause disposait d'une adresse à l'étranger, de sorte qu'il convenait de solliciter qu'il y soit entendu avant de pouvoir constater, le cas échéant, qu'il était en fuite, et d'apprécier le caractère nécessaire et proportionné du recours à un mandat d'arrêt. La cassation est donc prononcée.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 16 décembre 2020, n° 19-83.619 : toute personne majeure bénéficiant d'une mesure de protection juridique et faisant l'objet de poursuites pénales doit être soumise avant tout jugement au fond à une expertise médicale

En l'espèce, la prévenue avait été déclarée coupable, notamment, des chefs de menace de destruction dangereuse pour les personnes et envois réitérés de messages malveillants, commis courant février 2017, alors qu'elle bénéficiait d'un régime de curatelle. L'appel formé par l'intéressée a été rejeté sans recours à une expertise médicale.

Dans son arrêt du 16 décembre 2020, la Chambre criminelle rappelle qu'il résulte de l'article 706-115 du Code de procédure pénale que toute personne majeure bénéficiant d'une mesure de protection juridique faisant l'objet de poursuites pénales doit être soumise avant tout jugement au fond à une expertise médicale afin d'évaluer sa responsabilité pénale au moment des faits. Elle ajoute que le défaut d'expertise porte une atteinte substantielle aux droits de la personne poursuivie bénéficiant d'une mesure de protection juridique à l'époque des faits, en ce qu'il ne lui permet pas d'être jugée conformément à son degré de responsabilité pénale.

En l'espèce, en déclarant la prévenue coupable et en prononçant une peine à son encontre, sans avoir préalablement ordonné une mesure d'expertise afin de déterminer son degré de discernement au moment des faits, alors qu'elle avait bénéficié d'une mesure de protection juridique sur une partie de la période visée à la prévention, la Cour d'appel a méconnu le texte susvisé. La cassation est donc prononcée.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 16 décembre 2020, n° 19-87.622 : le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ne s'oppose pas à la prise en compte, dans la détermination de la peine, du positionnement de l'accusé par rapport aux faits

En l'espèce, une Cour d'assises d'appel avait confirmé la culpabilité de l'accusé du chef de viol et, pour justifier la peine prononcée, avait énoncé, dans la feuille de motivation, avoir tenu

compte des circonstances dans lesquelles les faits avaient été commis, la nuit, dans un véhicule de tourisme avec chauffeur, où la victime, en état de vulnérabilité, croyait être à l'abri. Elle avait ajouté avoir pris en considération, notamment, le positionnement de l'accusé, décrit comme « *égocentré* » par l'expert psychologue, qui n'assume pas sa responsabilité et n'a pas évolué.

Dans son arrêt du 16 décembre 2020, la Chambre criminelle affirme qu'en se prononçant de la sorte, la Cour d'assises d'appel n'a pas méconnu le principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser lui-même, qui interdit de déduire la culpabilité de l'accusé de son silence et de le contraindre à faire des déclarations, mais ne s'oppose pas à ce que, après avoir retenu sa culpabilité, le juge tienne compte, entre autres éléments, pour déterminer la peine, de la manière dont l'accusé se situe par rapport aux faits, afin d'apprécier sa dangerosité, le risque de récidive et les garanties de sa réinsertion.

Cette solution contraste avec celle dégagée dans un arrêt du 1^{er} octobre 2008 ayant censuré la décision des juges du fond qui avaient prononcé une peine d'emprisonnement sans sursis en se fondant sur le fait que le prévenu ne reconnaissait pas sa culpabilité (Cass. crim., 1^{er} octobre 2008, n° 08-81.338).

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

CEDH, 17 décembre 2020, n° 61470/15, *Sellami c/ France* : la condamnation d'un journaliste pour recel de violation du secret de l'instruction est conforme à la liberté d'expression

En l'espèce, à la suite de la commission de plusieurs viols, un portrait-robot du suspect avait été établi et une information judiciaire avait été ouverte sur l'ensemble des faits. Par la suite, la presse a révélé l'existence du portrait-robot et l'a publié. À la suite de cette publication, et dès lors que suspect avait été ultérieurement identifié par photographies et qu'il avait été établi que le portrait-robot ne lui correspondait pas, le juge d'instruction et la direction de la police judiciaire

ont diffusé un appel à témoins et rendu publique une photographie de l'individu recherché. Le procureur de la République a alors ordonné une enquête du chef de recel de violation du secret de l'instruction.

Le journaliste ayant révélé l'information couverte par le secret a été déclaré coupable de recel de violation du secret professionnel par le tribunal correctionnel qui l'a condamné à une amende de 8.000,00 euros ainsi qu'à payer un euro de dommages-intérêts aux parties civiles. La Cour d'appel a confirmé ce jugement sur la culpabilité, tout en réduisant le montant de l'amende à la somme de 3.000,00 euros. La Chambre criminelle a rejeté le pourvoi formé par le prévenu (Cass. crim., 9 juin 2015, n° 14-80.713).

Dans son arrêt du 17 décembre 2020, la Cour européenne des droits de l'Homme refuse de considérer, comme l'invitait le requérant, que la condamnation pénale de ce dernier méconnaît le droit à la liberté d'expression. **Elle** rappelle avoir déjà jugé que la condamnation d'un journaliste pour recel de violation du secret professionnel sur le fondement de l'article 321-1 du Code pénal, relatif à l'infraction de recel, répond à l'exigence de prévisibilité de la loi au sens de l'article 10 de la Convention (voir, notamment : CEDH, 7 juin 2007, *Dupuis et autres c/ France*, n° 1914/02). Elle ajoute que l'ingérence fondée sur la nécessité de garantir le respect du secret professionnel poursuit un objectif légitime en ce que, d'une part, elle repose sur la nécessité de protéger le secret dont doivent pouvoir bénéficier les informations relatives à la conduite d'une enquête pénale et en ce que, d'autre part, elle permet de garantir l'autorité et l'impartialité de l'autorité judiciaire.

Plus spécifiquement, tout en reconnaissant que le sujet à l'origine de l'article relevait de l'intérêt général, la Cour affirme que l'information du public ne justifiait pas l'utilisation du portrait-robot. Elle souligne, en particulier, la présentation sensationnaliste de ce portrait-robot, laquelle visait avant tout à satisfaire la curiosité du public, et le manque de déontologie du journaliste, lequel ne s'est pas préoccupé de la fiabilité de ce document ou de son effet sur l'information judiciaire en cours, au mépris de ses devoirs et responsabilités. Les juges européens notent ainsi qu'il a été établi que la parution de l'article litigieux avait entravé

le déroulement normal des investigations puisque de nombreux lecteurs avaient pris la diffusion du portrait-robot pour un appel à témoin, obligeant les autorités à divulguer la photographie de l'homme recherché.

S'agissant de la sanction prononcée, le Cour européenne estime que la condamnation n'a pas constitué une ingérence disproportionnée dans l'exercice du droit à la liberté d'expression et n'est pas susceptible d'entraîner un effet dissuasif sur l'usage de cette liberté par un journaliste souhaitant informer le public au sujet d'une procédure pénale en cours.

Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil et
procédure civile à l'ISP

Atteinte proportionnée au droit d'accès au juge et aide juridictionnelle

Civ. 2e, 19 novembre 2020, n° 19-16.792

Le 20 octobre 2017, un justiciable a sollicité le bénéfice de l'aide juridictionnelle. Le 7 novembre 2017, ce dernier a relevé appel d'une ordonnance de référé ayant constaté la résiliation du bail conclu avec une société. Le 17 novembre, le greffe lui a alors adressé l'avis de fixation prévu à l'article 905-1 du Code de procédure civile. Le 13 décembre 2017, l'aide juridictionnelle lui est accordée. Par ordonnance du 21 décembre 2017, le conseiller de la mise en état a prononcé la caducité de sa déclaration d'appel sur le fondement de l'article 905-1 du Code de procédure civile, faute pour l'appelant de ne pas l'avoir signifiée dans les dix jours de la réception de l'avis de fixation. Ce dernier a déféré à la cour d'appel l'ordonnance du conseiller de la mise en état. Le bureau d'aide juridictionnelle a désigné un huissier de justice le 8 janvier 2018. Par arrêt du 12 juillet 2018 la cour d'appel, statuant sur déféré, a confirmé l'ordonnance de caducité. Le justiciable forme un pourvoi devant la Cour de cassation. La Cour de cassation, par substitution de motif, rejette le pourvoi. La désignation de l'huissier de justice au titre de l'aide juridictionnelle, postérieurement au dépôt de la déclaration d'appel, est sans effet sur le délai pour signifier cette dernière. La Cour

de cassation énonce, au visa de l'article 38 du décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991 (rédaction issue du décr. n° 2017-891 du 6 mai 2017), que le point de départ du délai de recours est reporté, au profit du demandeur à l'aide juridictionnelle, au jour où le bureau statue définitivement sur cette demande, ou, au plus tard et en cas d'admission, au jour de la notification de la désignation d'un auxiliaire de justice en vue d'assister ou de représenter le bénéficiaire de cette aide pour l'exercice de ce recours. De plus, les dispositions de l'article 38 du décret du 19 décembre 1991 ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit d'accès au juge d'appel tel qu'il résulte de l'article 6, § 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme.

Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil et
procédure civile à l'ISP

Extension des chefs du jugement critiqués par une seconde déclaration d'appel

Civ. 2e, 19 novembre 2020, n° 19-13.642

Un salarié a interjeté appel d'une ordonnance, dans le cadre d'un contentieux prud'homal par deux déclarations d'appel du même jour, visant chacune une partie des chefs de dispositif de la décision entreprise. La cour d'appel a rendu deux arrêts le même jour 14 janvier 2019 contre lesquels deux pourvois ont été formés par l'employeur. Ce dernier reprochait notamment à la cour d'appel d'avoir fait droit aux demandes de la salariée alors que la première déclaration formée par l'appelante laquelle visait certains chefs de jugement valait acquiescement sur les chefs non critiqués de sorte que la cour ne pouvait pas aborder les points soulevés dans la seconde déclaration d'appel. Il ajoutait en outre que la seconde déclaration d'appel se substituait à la première de sorte que le juge ne pouvait être saisi que par les chefs visés dans la seconde déclaration d'appel. Aucun de ces griefs n'a retenu l'attention de la Cour de cassation qui a rejeté le pourvoi de l'employeur. Elle retient qu'une déclaration d'appel, nulle, erronée ou incomplète, peut néanmoins être régularisée par

une nouvelle déclaration d'appel, dans le délai pour conclure. Dès lors, une seconde déclaration d'appel peut venir étendre la critique du jugement à d'autres chefs non critiqués dans la première déclaration, sans qu'un acquiescement aux chefs du jugement non critiqués dans un premier temps ne puisse être déduit de cette omission.

Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil et
procédure civile à l'ISP

Divers ajustements en procédure civile Décret n° 2020-1452, 27 novembre 2020

Un décret n° 2020-1452 du 27 novembre 2020 portant diverses dispositions relatives notamment à la procédure civile et à la procédure d'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions a été publié au Journal officiel du 28 novembre 2020. Il procède à de nombreux ajustements en matière de procédure civile.

Concernant la procédure suivie devant les tribunaux judiciaires, les tribunaux de commerce, les conseils de prud'hommes et les procédures civiles d'exécution, le décret supprime le 2^e alinéa de l'article 54 du Code de procédure civile qui prévoit l'obligation de mentionner dans la demande initiale « *les adresse électronique et numéro de téléphone mobile du demandeur lorsqu'il consent à la dématérialisation ou de son avocat* » ainsi que la faculté d'indiquer « *l'adresse électronique et le numéro de téléphone du défendeur* » (art. 1^{er}, 1^o du décret). Par ailleurs, l'obligation de mentionner « *l'indication des modalités de comparution devant la juridiction et la précision que, faute pour le défendeur de comparaître, il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire* » est déplacée au sein de l'article 56 du Code de procédure civile (art. 1^{er}, 1^o et 2^o du décret).

Pour l'assignation avec prise de date, l'article 751 du Code de procédure civile prévoit que « *la demande formée par assignation est portée à une audience dont la date est communiquée par*

tout moyen au demandeur selon des modalités définies par arrêté du garde des Sceaux ». Dans sa nouvelle version, il énonce que « *la demande formée par assignation est portée à une audience dont la date est communiquée par le greffe au demandeur sur présentation du projet d'assignation. Un arrêté du garde des Sceaux détermine les modalités d'application du présent article* » (art. 1^{er}, 6^o du décret). La remise d'un projet d'assignation au greffe devient une condition indispensable pour obtenir une date d'audience et ainsi pouvoir signifier l'assignation. Pour ce qui est du délai de remise de l'assignation au greffe, l'article 754 du Code de procédure civile dispose que « *la juridiction est saisie, à la diligence de l'une ou l'autre partie, par la remise au greffe d'une copie de l'assignation. Sous réserve que la date de l'audience soit communiquée plus de quinze jours à l'avance, la remise doit être effectuée au moins quinze jours avant cette date. En outre, lorsque la date de l'audience est communiquée par voie électronique, la remise doit être faite dans le délai de deux mois à compter de cette communication. La remise doit avoir lieu dans les délais prévus aux alinéas précédents sous peine de caducité de l'assignation constatée d'office par ordonnance du juge, ou, à défaut, à la requête d'une partie* » (art. 1^{er}, 7^o du décret). Les délais de placement de l'assignation ne sont pas modifiés.

Pour ce qui est de la représentation, le décret énonce que « *dans les matières relevant de la compétence exclusive du tribunal judiciaire qui ne sont pas dispensées du ministère d'avocat, les parties sont tenues de constituer avocat quel que soit le montant sur lequel porte la demande* » en modifiant ainsi le 5^e alinéa de l'article 761 du Code de procédure civile (art. 1^{er}, 9^o du décret). Cette nouvelle disposition restreint la représentation obligatoire par avocat. Cette dernière ne sera qu'une simple faculté pour les justiciables dès lors que des dispositions spéciales le prévoient pour une matière précise. De plus, le décret harmonise les règles relatives à la représentation obligatoire par avocat devant le tribunal de commerce avec celles régissant la procédure devant le tribunal judiciaire.

Pour les procédures sans audience, le décret précise les procédures dans lesquelles le juge dispense une partie de se présenter à une audience ultérieure. Concernant les différentes

procédures sans audience, le décret prévoit que le juge organise les échanges entre les parties. Celles-ci formulent leurs prétentions et leurs moyens par écrit. Concernant spécifiquement la procédure prévue par l'article L. 212-5-1 du Code de l'organisation judiciaire, le décret prévoit que le jugement est contradictoire et que le président de la chambre peut décider d'organiser une audience s'il estime qu'il n'est pas possible de rendre une décision au regard des preuves écrites ou si l'une des parties en fait la demande. Les règles relatives aux procédures visées par l'article L. 212-5-1 du Code de l'organisation judiciaire s'appliquent dans la procédure orale, en matière d'ordonnance de référé, dans la procédure accélérée au fond, dans la procédure à jour fixe devant le tribunal judiciaire ainsi que dans la procédure devant le juge aux affaires familiales hors et après divorce (art. 828, 836-1, 839, 843 et 1140 du Code de procédure civile mod. par art. 1er, 13°, 16°, 17°, 18° et 33° du décret). Enfin, les règles relatives aux procédures visées par l'article 446-1 du Code de procédure civile s'appliquent dans la procédure orale devant le tribunal judiciaire, la procédure suivie devant le tribunal de commerce et la procédure d'appel sans représentation obligatoire (art. 831, 861-1 et 946 du Code de procédure civile mod. par art. 1er, 14°, 20° et 24° du décret). Elles s'appliquent également en matière de procédure suivie devant le juge de l'exécution, dans les litiges mentionnés au 7° de l'article L. 142-1 du Code de la sécurité sociale ainsi que devant le bureau de jugement du conseil de prud'hommes (art. R. 121-9 du Code des procédures civiles d'exécution, R. 142-13-3 du Code de la sécurité sociale et R. 1454-19-2 du Code du travail mod. par art. 2, 3°, art. 3, 1°, et art. 4 du décret).

Pour la procédure de divorce, le décret harmonise les dispositions applicables aux divorces contentieux avec celles du Code de procédure civile et précise l'énonciation du fondement de la demande en divorce (art. 1107, 1108, 1117 et 1137 du Code de procédure civile mod. par art. 1er, 29°, 30°, 31° et 32° du décret). Concernant les requêtes, le greffe sera désormais chargé d'indiquer dans la convocation du défendeur les modalités de comparution devant la juridiction. Est ainsi modifié l'article 758 du Code de procédure civile (art. 1er, 8° du décret).

Également, le décret contient différentes dispositions relatives aux matières et aux procédures dans lesquelles l'exécution provisoire peut être ordonnée (art. 1er, 25°, 26°, 27° et 28° du décret). D'abord, au premier alinéa de l'article 1045, les mots : « *n'est pas de droit exécutoire à titre provisoire* » sont remplacés par les mots : « *ne peut être assorti de l'exécution provisoire* ». À l'article 1054-1, au deuxième alinéa de l'article 1055-3, à l'article 1055-10 et au premier alinéa de l'article 1178-1, les mots : « *n'est pas de droit exécutoire à titre provisoire* » sont remplacés par les mots : « *n'est exécutoire à titre provisoire que si elle l'ordonne* ». Aux articles 1067-1 et 1149, les mots : « *n'est pas de droit exécutoire à titre provisoire* » sont remplacés par les mots : « *n'est exécutoire à titre provisoire que s'il l'ordonne* ». Enfin, au premier alinéa de l'article 1074-1, les mots : « *ne sont pas, de droit, exécutoires à titre provisoire* » sont remplacés par les mots : « *ne sont exécutoires à titre provisoire que si elles l'ordonnent* ».

Le décret procède aussi à des ajustements en matière de procédure d'appel. Il ressort des termes de l'article 789 du Code de procédure civile que le juge de la mise en état connaît d'une compétence exclusive pour statuer sur une fin de non-recevoir ou une question de fond liée à celle-ci. Il peut également renvoyer cette question devant la formation de jugement. L'article 795 du Code de procédure civile est désormais rédigé ainsi : « *les ordonnances du juge de la mise en état et les décisions rendues par la formation de jugement en application du neuvième alinéa de l'article 789 ne sont pas susceptibles d'opposition. Elles ne peuvent être frappées d'appel ou de pourvoi en cassation qu'avec le jugement statuant sur le fond. Toutefois, elles sont susceptibles d'appel dans les cas et conditions prévus en matière d'expertise ou de sursis à statuer. Elles le sont également, dans les quinze jours à compter de leur signification, lorsque : 1° Elles statuent sur un incident mettant fin à l'instance, elles ont pour effet de mettre fin à celle-ci ou elles en constatent l'extinction ; 2° Elles statuent sur une exception de procédure ou une fin de non-recevoir ; lorsque la fin de non-recevoir a nécessité que soit tranchée au préalable une question de fond, l'appel peut porter sur cette question de fond ; 3° Elles ont trait aux mesures provisoires ordonnées en matière de divorce ou de séparation de corps ;*

4° Dans le cas où le montant de la demande est supérieur au taux de compétence en dernier ressort, elles ont trait aux provisions qui peuvent être accordées au créancier au cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable» (art. 1er, 11° du décret). Par ailleurs, la procédure d'appel relève du circuit court aux termes de l'article 905 du Code de procédure civile. Pour les indications dans les déclarations d'appel et de pourvoi, le décret modifie les articles 901, 933 et 1000 du Code de procédure civile. Il supprime l'obligation d'indiquer, dans la déclaration d'appel, les pièces sur lesquelles la demande de l'appelant est fondée. Cette évolution facilitera la pratique professionnelle (art. 1er, 21° du décret). Enfin, à propos du déféré devant la cour d'appel, en modifiant l'article 916 du Code de procédure civile, le décret restreint le champ d'application du déféré qui ne pourra plus être formé à l'encontre d'une ordonnance statuant sur l'irrecevabilité des conclusions et des actes de procédure en application des articles 909, 910, et 930-1 du Code de procédure civile (art. 1er, 23° du décret).

Enfin, le décret est entré en vigueur le 1er janvier 2021 et s'applique aux instances en cours à cette date à l'exception des dispositions des 19° et 25° de l'article 1er et des articles 7 à 10. Les dispositions des 19° et 25° de l'article 1er de l'article 10 entrent en vigueur le 1er janvier 2021 et sont applicables aux instances introduites à compter de cette date. Les dispositions des articles 7 à 9 sont entrées en vigueur le 29 novembre 2020. Toutefois, La Chancellerie a informé les avocats qu'elle avait décidé de reporter au 1er juillet 2021 l'entrée en vigueur de la prise de date dans les procédures civiles écrites avec représentation obligatoire. Le Conseil d'État vient d'être saisi d'un décret en Conseil d'État opérant cette réforme. Néanmoins, l'entrée en vigueur de la réforme du divorce, dont la date est fixée par la loi au plus tard le 1er janvier 2021, ne sera pas reportée. Par conséquent, dans les procédures de divorce et de séparation de corps, les procédures introduites à compter du 1er janvier prochain le seront par assignation avec prise de date. Le décret n° 2020-1641 du 22 décembre 2020, publié au Journal officiel du 23 décembre 2020, reporte la date d'entrée en vigueur de l'assignation à date au 1er juillet 2021, dans les

procédures autres que celles de divorce et de séparation de corps judiciaires.

Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil et
procédure civile à l'ISP

Autorité de la chose jugée et fait nouveau

Civ. 2°, 10 décembre 2020, 19-12.140

Il ressort de l'article 1351 ancien, devenu 1355, du Code civil que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même, que la demande soit fondée sur la même cause et que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité. Attachée au seul dispositif de la décision, l'autorité de la chose jugée ne peut être opposée lorsque des événements postérieurs sont venus modifier la situation antérieurement reconnue en justice. Par acte notarié, les époux ont acquis un terrain. L'acte comportait un prêt, par une société au profit des acquéreurs, stipulée remboursable en une seule échéance, sans intérêt. Le remboursement devait se faire sur le bénéfice réalisé par la vente de la maison d'habitation à faire construire par l'acquéreur, bénéfice devant être partagé par moitié entre le prêteur et les débiteurs. Par la suite, les acquéreurs font édifier la maison et le créancier veut obtenir remboursement, alors que la maison n'est pas encore vendue. En première instance, les juges ont rejeté la demande en paiement de la somme prêtée formée par la société à l'encontre des époux, au motif que la maison n'a pas été vendue. La société a engagé des poursuites de saisie immobilière à l'encontre des époux, portant sur le bien en cause, sur le fondement de l'acte notarié. Lors de l'audience d'orientation, les débiteurs se sont opposés à la saisie en invoquant l'autorité de la chose jugée par le jugement rendu. La société a fait valoir que les débiteurs empêchaient la réalisation de la condition et a invoqué l'application de l'article 1178 du Code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016. Le juge d'appel a déclaré régulière et valide la procédure de saisie immobilière et a ordonné la

vente forcée de l'immeuble en cause. Il a également fixé la créance de la société et a renvoyé pour le surplus les parties devant le premier juge, pour poursuite de la procédure de saisie immobilière. La cour d'appel a écarté l'autorité de la chose jugée par le jugement ayant rejeté la demande en paiement au motif que la condition préalable de vente de la maison édifiée n'était pas réalisée. Pour ce faire, elle a constaté que la maison n'était pas vendue ; elle a retenu que la condition était purement potestative et que les époux ne justifiaient pas de leur volonté d'exécuter de bonne foi les stipulations contractuelles. Elle a ainsi considéré que le prêt était devenu exigible, la condition étant réputée acquise. Les époux ont formé pourvoi contre cet arrêt en invoquant la violation de l'ancien article 1351 du Code civil. Pour la Haute cour, la cour d'appel s'est fondée sur un moyen qui n'avait pas été invoqué devant le juge du fond et n'a pas relevé l'existence d'un fait nouveau justifiant d'écarter l'autorité de la chose jugée par le jugement. En conséquence la Cour de cassation retient que la cour d'appel a violé l'ancien article 1351 du Code civil. En statuant sur le fondement d'un moyen qui n'avait pas été invoqué devant le juge du fond et sans relever l'existence d'un fait nouveau justifiant d'écarter l'autorité de la chose jugée d'un précédent jugement, la cour d'appel viole l'article 1355 du Code civil.

Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil et
procédure civile à l'ISP

Autorité de la chose jugée et effet dévolutif

Civ. 2e, 14 janvier 2021, n° 19-17.758

Dans le cadre de cette espèce, un établissement bancaire assigne en justice un emprunteur faute de remboursement. L'emprunteur soulève l'incompétence du tribunal au profit de la juridiction monégasque. Le juge de la mise en état, par une ordonnance, a déclaré le tribunal monégasque compétent pour statuer sur la demande en paiement de la banque. L'emprunteur forme appel du jugement rendu par le tribunal de grande instance et soulève à nouveau une exception d'incompétence. La cour

d'appel a infirmé le jugement déféré et déclaré le tribunal de grande instance de Marseille territorialement incompétent pour connaître des demandes de la banque au profit de la juridiction monégasque. La banque a formé pourvoi contre l'arrêt. Elle présente un moyen divisé en deux branches. La première branche reproche à la cour d'appel un excès de pouvoir et une violation des articles 771, 772 et 775 du Code de procédure civile pour avoir statué sur une exception de procédure préalablement rejetée par une ordonnance du juge de la mise en état contre laquelle aucune voie de recours n'avait été exercée. La seconde branche invoque une méconnaissance de l'autorité de la chose jugée attachée à l'ordonnance, en violation des articles 480 et 775 du Code de procédure civile, ensemble l'article 1355 du Code civil. La Cour de cassation précise que le juge de la mise en état avait déclaré le tribunal de grande instance compétent pour connaître de cette demande dans l'instance ayant donné lieu au jugement frappé d'appel. Elle ajoute que la cour d'appel n'avait pas été saisie d'un appel contre l'ordonnance du juge de la mise en état. Dès lors, au regard des principes énoncés, elle considère que la cour d'appel a violé les textes. Après avoir donné avis aux parties, la Cour de cassation statue au fond dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Elle retient que l'irrecevabilité de l'exception d'incompétence soulevée par l'appelant doit être relevée d'office comme se heurtant à l'autorité de la chose jugée de l'ordonnance du juge de la mise en état du tribunal de grande instance. Elle casse et annule l'arrêt, déclare irrecevable l'exception d'incompétence soulevée par l'appelant et renvoie l'affaire pour le surplus.

Droit des biens

Franck TOURET

Professeur de droit civil et
procédure civile à l'ISP

Prescription acquisitive contre publication d'un titre

Civ. 3e, 17 décembre 2020, n° 18-24.434

Le propriétaire d'une parcelle cadastrée s'était engagé à la vendre par acte sous seing privé du 9

juin 1961. Un arrêt irrévocable du 3 juin 1980 a confirmé un jugement du 23 février 1976 ayant déclaré la vente parfaite et ordonné sa régularisation par acte authentique. Toutefois, cette vente n'a fait l'objet d'aucune publication. Par la suite, les ayants droit du vendeur ont vendu le même terrain à un autre acheteur par acte du 23 août 1995, publié le 13 décembre 1995. Le second acquéreur, se prévalant alors de son titre régulièrement publié, assigne le premier en expulsion le 3 octobre 2013. Ce dernier lui oppose la prescription acquisitive trentenaire. La cour d'appel accueille les demandes. Elle retient que les titres respectifs des parties, leur conférant des droits concurrents, étaient soumis à publicité foncière. Titulaire du seul acte publié à la conservation des hypothèques, le second acquéreur du même bien est fondé à se prévaloir de l'antériorité de la publication de son titre de propriété. Il en résulte que ledit revendiquant est irrecevable à se prévaloir de la prescription acquisitive. Toutefois, l'arrêt d'appel est censuré au visa des articles 712 et 2272 du Code civil. Il résulte du premier de ces textes que la propriété s'acquiert aussi par prescription dans les délais prévus par le second. La prescription trentenaire peut être opposée à un titre de propriété quand bien même le titulaire du seul acte antérieur l'a régulièrement publié à la conservation des hypothèques.

Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Professeur de droit civil et
procédure civile à l'ISP

Contestation de paternité et PMA exogène à l'étranger

Civ. 1re, 14 octobre 2020, nos 19-12.373 et 19-18.791

En l'espèce, deux époux, tous deux de nationalité française, se sont mariés en 2012. Ils décident d'aller en Espagne faire une AMP. Un transfert d'embryon est réalisé le 12 mai 2013, alors que les époux avaient présenté en France, le 3 mai 2013, une requête conjointe en divorce ayant abouti le 11 juin 2013 à un jugement de divorce par consentement mutuel. Puis, après la

naissance de l'enfant, l'homme a reconnu celle-ci le 12 novembre 2013, donc après le prononcé du divorce. À la suite d'une action en contestation de paternité en janvier 2015, est ordonnée avant dire droit une expertise biologique, qui a conclu à l'absence de paternité biologique. La cour d'appel constate que la loi française s'applique, conformément à l'article 311-17 du Code civil, à raison de la nationalité française de son auteur et de l'enfant. Ce point sera contesté sans succès devant la Cour de cassation. Sur le fond, elle juge que le consentement de l'homme était privé d'effet en raison de la requête en divorce introduite avant la réalisation du transfert d'embryon. Un pourvoi est formé tant par la mère que par l'administrateur ad hoc de l'enfant. Le pourvoi est rejeté. Selon la Cour de cassation, l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder. La cour d'appel ayant constaté que l'expertise avait établi que l'homme n'était pas le père biologique de l'enfant, elle en a exactement déduit que la reconnaissance de paternité devait être annulée. Le principe de proportionnalité comme celui de l'intérêt supérieur de l'enfant n'ont pas été violés. En substance, la Cour de cassation estime que l'action en contestation de paternité et la décision d'annulation d'une reconnaissance de paternité poursuivent un but légitime. La cour d'appel a relevé que l'intérêt supérieur de l'enfant résidait dans l'accès à ses origines personnelles et que la destruction du lien de filiation avec l'homme n'excluait pas pour l'avenir et de façon définitive l'établissement d'un nouveau lien de filiation.

Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Professeur de droit civil et
procédure civile à l'ISP

Action en recherche de paternité et contrôle de proportionnalité

Civ. 1re, 14 octobre 2020, n° 19-15.783

Un enfant est né au Royaume-Uni d'une femme et d'un père déclaré par celle-ci. Il n'a jamais été reconnu par celui-ci. En 1958, un jugement français a condamné le père à payer des subsides

à la mère. Celle-ci est décédée. Le père ayant cessé de verser les subsides, le cousin de la mère et son épouse qui avait recueilli l'enfant sont obligés de demander l'adoption pour obtenir des prestations sociales. En 2008, l'enfant assigne le père déclaré en recherche de paternité. Celui-ci décède en cours de procédure, laissant pour lui succéder son fils né d'une autre union. La cour d'appel déclare l'action en établissement de la filiation paternelle biologique de l'enfant recevable et ordonne une expertise biologique. Elle considère notamment que si la loi anglaise compétente faisait obstacle à la reconnaissance d'un lien de filiation qui viendrait contredire celui créé par l'adoption, laquelle produisait les effets de l'adoption plénière du droit français. En application de l'article 370-5 du Code civil, le droit au respect de la vie privée et familiale impose d'établir un juste équilibre dans la pondération des intérêts concurrents, à savoir, d'un côté, le droit de l'enfant de connaître son ascendance et de voir établir légalement celle-ci, de l'autre, le refus du père déclaré lorsqu'il était vivant, puis de son héritier, qui se sont opposés systématiquement aux demandes de l'enfant et, enfin, l'intérêt général lié à la sécurité juridique. La Cour de cassation casse et annule cet arrêt en visant l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et en opérant un contrôle de proportionnalité. Comme l'enfant connaissait ses origines personnelles, il n'était pas privé d'un élément essentiel de son identité et puisque le père déclaré puis son héritier n'avaient jamais souhaité établir de lien, de fait ou de droit, avec lui, au regard des intérêts de cet héritier, de ceux de la famille adoptive et de l'intérêt général attaché à la sécurité juridique et à la stabilité des liens de filiation adoptifs, l'atteinte au droit au respect de la vie privée de l'enfant que constituait l'irrecevabilité de l'action en recherche de paternité ne revêtait pas un caractère disproportionné.

Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Professeur de droit civil et
procédure civile à l'ISP

Bigamie et communauté de vie

Civ. 1re, 4 novembre 2020, n° 19-50.027

Une femme de nationalité algérienne a contracté mariage en 1998 en Algérie avec un Français. Le mariage a été transcrit sur les registres de l'état civil en 2007. En novembre 2010, l'époux français contracte une seconde union en Algérie, le plaçant dans un état de bigamie. La première épouse souscrit en mai 2014 une déclaration de nationalité sur le fondement de l'article 21-2 du Code civil, laquelle a été enregistrée le 9 février 2015. En mars 2016, le ministère public l'a assignée en nullité de cet enregistrement en soutenant que l'état de bigamie de son conjoint excluait toute communauté de vie. Le tribunal de grande instance de Lille rejette la demande et la cour d'appel de Douai, par un arrêt du 17 janvier 2019, confirme le jugement qui refuse l'annulation de la déclaration d'acquisition de la nationalité française souscrite par l'épouse. Elle a estimé en effet que les conditions posées par l'article 21-2, et notamment la persistance de la vie commune, étaient remplies, car, malgré le second mariage liant l'époux, la vie commune avec la première épouse n'avait pas cessé au jour de la déclaration et était caractérisée par le fait que les époux avaient fondé une famille nombreuse et avaient un domicile commun. Le ministère public forme alors un pourvoi. La Cour de cassation affirme que l'état de bigamie de l'époux fait obstacle à la persistance d'une communauté de vie, et donc à l'acquisition de la nationalité française par sa première épouse.

Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Professeur de droit civil et
procédure civile à l'ISP

GPA et adoption de l'enfant du conjoint

Civ. 1re, 4 novembre 2020, n° 19-50.042 et 19-15.739

Les faits de ces deux affaires sont similaires et connus. Dans les deux espèces, un homme de nationalité française se rend dans un pays étranger autorisant la gestation pour autrui (Mexique et Inde en l'espèce) afin de recourir aux services d'une mère porteuse. Il établit son lien de filiation à l'égard de l'enfant puis fait transcrire l'acte de naissance étranger sur les registres de l'état civil français. Dans les deux cas, aucune filiation maternelle ne figure sur les actes transcrits. Enfin, l'époux du père demande à adopter en la forme plénière l'enfant de son conjoint. Les deux affaires ont été portées devant la cour d'appel de Paris. Dans les deux cas, la cour d'appel, s'alignant sur la jurisprudence de la Cour de cassation, a rappelé que le recours à la gestation pour autrui à l'étranger ne faisait pas, en lui-même, obstacle au prononcé de l'adoption si les conditions légales de celle-ci en sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant. Les juges ont ensuite considéré que tel était le cas uniquement dans la seconde affaire. Enfin, la Cour de cassation confirme que l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est possible lorsque cet enfant est issu d'une GPA, même si l'acte de naissance étranger ne contient aucune information relative à la mère biologique, dès lors que les règles du droit étranger ont été respectées.

Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Professeur de droit civil et
procédure civile à l'ISP

Transcription de l'acte de naissance et GPA

Civ. 1re, 18 novembre 2020, n° 19-50.043

Un couple d'hommes de nationalité française s'est rendu au Canada pour y avoir recours légalement à une gestation pour autrui. L'acte de naissance de l'enfant qui en est issu indique qu'il a pour parents les deux hommes. En France, le couple a demandé la transcription de l'acte de naissance. Si le tribunal de grande instance de Nantes a accepté la transcription complète de cet acte au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, la cour d'appel de Rennes n'a autorisé qu'une transcription partielle au profit de celui

qu'elle suppose être le père biologique de l'enfant. La cour d'appel avait en outre affirmé que « *le refus de transcription de la filiation paternelle d'intention, lorsque l'enfant est né à l'étranger à l'issue d'une convention de gestation pour autrui, résulte de la loi et poursuit un but légitime en ce qu'il tend à la protection de l'enfant et de la mère porteuse et vise à décourager cette pratique prohibée* » et elle avait rejeté toute atteinte disproportionnée au respect de la vie familiale « *dès lors que l'accueil de l'enfant au sein du foyer constitué par son père et son compagnon n'est pas remis en cause par les autorités françaises et que ce dernier aura la possibilité de créer un lien de filiation avec l'enfant par un biais autre que la transcription, n'étant pas établi que la voie de l'adoption serait fermée au motif qu'il figure dans l'acte de naissance comme parent* ». Elle avait en conséquence écarté toute violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il convient de préciser immédiatement que la cour d'appel de Rennes a statué le 13 mai 2019. Depuis, les temps ont changé et c'est donc sans surprise que la Cour de cassation, au visa, désormais classique en la matière, des articles 3-1 de la CIDE, 8 de la Convention européenne et 47 du Code civil, a cassé sans renvoi l'arrêt d'appel ce qui aboutit à ordonner une transcription complète de l'acte de naissance canadien sur les registres français. La Cour de cassation confirme que, lorsque l'enfant est issu d'une GPA régulièrement réalisée à l'étranger, la transcription complète de l'acte de naissance indiquant les deux pères d'intention comme parents juridiques est possible lorsque l'acte est régulier au regard du système juridique étranger.

Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Professeur de droit civil et
procédure civile à l'ISP

Motif légitime de refus d'une expertise biologique : l'impossibilité de se soumettre à l'expertise

Civ. 1re, 2 décembre 2020, n° 19-21.850

Une mère a introduit une action en recherche de paternité, au nom de sa fille mineure. Dans le

cadre de l'action, elle sollicite une expertise biologique. À l'appui de ses demandes, elle a fourni les informations qu'elle avait en sa possession, à savoir le nom et le prénom du prétendu père, sa date et son lieu de naissance, ainsi que sa domiciliation, sans pour autant fournir de documents officiels permettant d'en attester. Elle a également soumis aux juges une lettre, rédigée et signée par le défendeur en novembre 2015, dans laquelle il admettrait être le père de l'enfant. Enfin, elle a produit une copie intégrale de l'acte de naissance de sa fille, datant de novembre 2016. Toutefois, le prétendu père a disparu, si bien que l'assignation n'a pas pu être délivrée à personne. La mère est déboutée de ses demandes par la cour d'appel. Les juges du fond ont considéré que l'absence d'actualisation de la copie intégrale de l'acte de naissance de l'enfant mineur et de documents officiels permettent d'attester de l'identité du défendeur, défaillant à l'instance. De plus, ils ont considéré que l'absence d'assignation à personne, induisant une absence de connaissance d'une demande d'expertise biologique, constituait un motif légitime justifiant de ne pas ordonner une telle expertise. La mère de l'enfant a formé un pourvoi devant la Cour de cassation. Elle considère que les juges d'appel ont soumis son action en recherche de paternité et sa demande d'expertise biologique à de nouvelles conditions, non prévues par la loi. La Cour de cassation retient qu'il résulte de l'alinéa 2 de l'article 310-3 du Code civil que l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder. La solution est traditionnelle en jurisprudence (Civ. 1re, 28 mars 2000). Toute la portée de l'arrêt se situe dans le motif légitime de ne pas y recourir. En effet, elle considère que l'impossibilité matérielle de procéder à l'expertise, en raison, notamment, de l'impossibilité de localiser le père prétendu, peut constituer un tel motif légitime.

Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Professeur de droit civil et
procédure civile à l'ISP

Contrôle de proportionnalité et prescription de l'action en contestation de la possession d'état Civ. 1re, 2 décembre 2020, n° 19-20.279

En l'espèce, une femme est née sans filiation paternelle établie. Plus de 45 ans après sa naissance, elle assigne le procureur de la République du tribunal de grande instance aux fins d'établissement de sa filiation paternelle par la possession d'état à l'égard d'un homme, décédé accidentellement le jour de sa naissance. La sœur du défunt, ainsi que ses neveux et nièces, sont intervenus volontairement à l'instance. Se fondant sur la prescription, les juges du fond déclarent l'action irrecevable. Un pourvoi est formé. Toutefois, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé. Elle rappelle d'une part les dispositions applicables, notamment les articles 330 et 321 du Code civil. La Cour rappelle également que le nouveau délai de prescription, introduit par l'ordonnance du 4 juillet 2005, court à partir de l'entrée en vigueur de cette dernière, soit le 1er juillet 2006. Ensuite, elle reprend les énonciations de l'article 328, alinéa 3, du Code civil selon lesquelles l'action en recherche de paternité est exercée contre le père, ses héritiers, et ce n'est qu'à défaut d'héritiers, ou s'ils ont renoncé à la succession, que l'action est dirigée contre l'État. Enfin, la Cour, par un argumentaire détaillé, démontre la conventionalité objective des dispositions applicables en l'espèce au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. D'autre part, la première chambre civile apprécie le contrôle de conventionalité en l'espèce opéré par les juges d'appel. La cour d'appel a ainsi relevé que la requérante avait mal dirigé ses poursuites lorsqu'elle a assigné le procureur de la République, cette assignation n'ayant pu interrompre la prescription à l'encontre des héritiers. Néanmoins, la femme a pu bénéficier de 45 ans, dont 27 ans à compter de sa majorité, pour exercer une action en établissement de filiation paternelle. En conséquence, le délai de prescription de l'action,

qui lui était opposé, respectait un juste équilibre et ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale. En substance, cet arrêt est une nouvelle illustration du contrôle de proportionnalité admis dans son principe par la Cour de cassation en matière de filiation (Civ. 1re, 10 juin 2015).

Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Professeur de droit civil et
procédure civile à l'ISP

Contrôle de proportionnalité et accouchement sous X

Civ. 1re, 27 janvier 2021, n° 20-14.012

Un homme reconnaît l'enfant né sous X après son placement et intervient volontairement à l'instance pour s'opposer à son adoption plénière. Toutefois, son action est jugée irrecevable par les juges de première instance, lesquels prononcent l'adoption plénière de l'enfant. La cour d'appel rappelle notamment que le placement de l'enfant fait échec à toute déclaration de filiation. Dans son pourvoi, le père biologique soulève une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article 352, alinéa 1er du Code civil, laquelle est transférée par la Cour de cassation au Conseil constitutionnel (Civ. 1^{re}, civ., 20 novembre 2019). Le Conseil constitutionnel déclare ladite disposition conforme à la Constitution (Cons. const., 7 févr. 2020). En conséquence, la Cour de cassation se prononce après renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité. Si le père n'a pas qualité pour intervenir dans la procédure d'adoption plénière d'un enfant immatriculé définitivement comme pupille de l'État, il appartient toutefois aux juges de mettre en balance les intérêts en présence pour vérifier que l'atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de ce dernier n'est pas disproportionnée. En soulevant l'irrecevabilité de l'action du père et en annulant sa reconnaissance de paternité, sans rechercher si ces décisions ne portaient pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 30 septembre 2020, pourvoi n° 18-22.076 : Responsabilité civile des associés pour collusion frauduleuse.

Il y a une place pour la responsabilité civile des associés en dehors de l'abus du droit de vote. L'arrêt est important car la solution n'était pas des plus évidentes au premier abord : en l'espèce, est exercée par un actionnaire minoritaire une action en responsabilité civile contre les actionnaires majoritaires, leur reprochant d'avoir sciemment minoré la valeur des actions créées en rémunération d'un apport en nature d'un fonds de commerce effectué par l'un d'eux. En apparence, tout se prête à la question d'un éventuel abus de majorité. Ce serait pourtant une erreur de le croire, car l'apport du fonds est résolument dans l'intérêt social. L'action en abus du droit de vote est donc écartée. Est-ce que cela ferme toute possibilité d'action du minoritaire contre les majoritaires ? La réponse donnée par la Haute juridiction est négative. Les juges commencent donc par rappeler les enjeux : il faut rechercher si l'évaluation/rémunération de l'apport avantage les majoritaires, constituant une fraude des droits du minoritaire. La Cour de cassation censure l'arrêt des conseillers d'appel qui s'étaient abstenus d'une telle recherche : « *En se déterminant ainsi, par des motifs impropres à exclure l'existence d'une collusion frauduleuse des majoritaires au détriment de l'associée minoritaire, de nature à engager leur responsabilité civile, la cour d'appel, qui n'a pas recherché, comme elle y était invitée, si l'opération d'apport orchestrée par les majoritaires n'avait pas conduit, par la sous-évaluation de la société et l'octroi corrélatif d'actions nouvelles nombreuses à l'apporteur, à priver illégitimement l'associée minoritaire, d'une partie de ses droits en diluant sa participation au capital de la société, a privé sa décision de base légale* ». Autrement dit, la sous-évaluation de la société par les majoritaires a été réalisée en fraude des droits du minoritaire. La

situation « colle » en effet parfaitement à la définition doctrinale de la fraude selon laquelle « *il y a fraude chaque fois que le sujet de droit [ici, les majoritaires] parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire [ici, la juste évaluation du bien apporté] par l'emploi à dessein d'un moyen efficace [ici, le vote], qui rend le résultat inattaquable en principe sur le terrain du droit positif [ici, l'inefficacité de l'action en abus du droit de vote dès lors que l'apport est favorable à la société]* » (pour la définition de la fraude, V. J. Vidal, *Essai d'une théorie de la fraude en droit français*, 1957).

argument a convaincu la Haute juridiction qui prononce une cassation partielle de l'arrêt d'appel en affirmant, d'une part, que « *seules les dettes nées avant le jugement d'ouverture peuvent être prises en compte pour la détermination de l'insuffisance d'actifs* » et, d'autre part, que « *en se déterminant par de tels motifs, ne permettant pas de savoir si l'insuffisance d'actif avait été déterminée en ne tenant compte que du passif né avant le jugement d'ouverture de la procédure collective, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 7 octobre 2020, pourvoi n°19-14.291 : Détermination des dettes prises en compte afin d'engager la responsabilité pour insuffisance d'actif.

La doctrine comme les praticiens critiquent régulièrement la rédaction de l'article L. 651-2 du Code de commerce, lequel sert de socle à la responsabilité pour insuffisance d'actifs. Parmi les critiques les plus régulières et les plus justifiées, figure en bonne place l'insécurité juridique consécutive à l'imprécision rédactionnelle. On ne s'étonnera guère de voir la jurisprudence en la matière être si abondante, les juges œuvrant à la précision du texte. La présente décision ne fait pas exception. La question posée était de savoir quelle est l'assiette des dettes prises en compte pour constater l'insuffisance d'actifs, condition de mise en œuvre de la responsabilité en cause. En l'espèce, le gérant d'une SARL se voit reprocher par un liquidateur plusieurs fautes de gestion. L'hypothèse est donc des plus classiques d'engagement de la responsabilité pour insuffisance d'actifs. Les juges du fond ont fait droit au liquidateur. Dans son pourvoi, le gérant affirme notamment que les juges du fond ont établi l'insuffisance d'actif en prenant en considération un passif composé de dettes antérieures à la procédure mais aussi de dettes postérieures au jugement d'ouverture. Cet

Com. 14 octobre 2020, pourvoi n° 18-24.732 : Rémunération d'un gérant majoritaire et abus de majorité.

Voici le retour d'un vieux débat : dans quelle mesure le gérant majoritaire qui augmente sa rémunération par vote de l'assemblée commet-il un abus de majorité ? Dans un arrêt important de 2011, la Haute juridiction a décidé, d'une part, que « *la détermination de la rémunération du gérant d'une société à responsabilité limitée par l'assemblée des associés ne procède pas d'une convention, ce dont il résulte que le gérant associé, fût-il majoritaire, peut prendre part au vote* » et, d'autre part, que la cour d'appel qui conclut à un abus de majorité « *sans expliquer en quoi la délibération ayant arrêté la rémunération litigieuse, considérée en elle-même, avait été prise contrairement à l'intérêt social et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité* » prive sa décision de base légale (Com. 4 octobre 2011). Ces deux enseignements sont désormais bien connus, reste à déterminer, au cas par cas, les hypothèses d'abus. La Haute juridiction a ainsi retenu l'existence d'un abus de majorité dès lors que le gérant majoritaire s'est octroyé une augmentation du double de sa rémunération alors que les bénéfices sociaux étaient faibles et faisaient l'objet d'une mise en réserve systématique (Com. 20 février 2019). Encore, un

tel abus peut être constaté lorsque la société est en procédures collectives et qu'elle est manifestement excessive au regard de la situation financière de la société (Com. 31 mai 2016). Bref, ce vieux débat ne semble pas clos et la présente décision en offre une illustration originale : en l'espèce, deux associés votent la revalorisation et le complément de rémunération du gérant, l'un des deux associés en question. La dernière associée agit sur le fondement de l'abus de majorité considérant que cet accroissement de rémunération est non seulement excessif et donc contraire à l'intérêt social, mais en plus relève d'une intention malicieuse des majoritaires d'obtenir un avantage à son détriment. Si les juges du fond ont fait droit à sa demande, l'arrêt d'appel est censuré : sur le fondement de l'article 1240 du Code civil, la Cour de cassation reproche à la cour d'appel de ne pas avoir recherché, bien que cela leur soit demandé, s'il n'y avait pas une adéquation entre l'accroissement de la rémunération du dirigeant et l'évolution positive du chiffre d'affaires de la société. Solution d'espèce ? solution d'opportunité ? nouveau critère excluant l'abus de droit en cas de vote d'augmentation de la rémunération du dirigeant ? Il faudra attendre d'autres applications éventuelles de cette solution par la Cour régulatrice pour connaître des réponses à ces questions.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 14 octobre 2020, pourvoi n° 18-19.181 : Exclusion d'un associé d'une SAS. Nouvelle illustration.

Pour rappel, l'article L. 227-16 alinéa 1^{er} du Code de commerce dispose que « *Dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions* ». En l'espèce, les statuts d'une SAS stipule que l'exclusion d'un associé peut être prononcée en cas de désintérêt, se manifestant par une absence aux assemblées générales. En l'espèce, alors qu'un associé minoritaire

s'apprête à faire jouer son droit de préemption en vue d'acquérir des actions, l'autre associé, majoritaire, de la SAS, vote son exclusion de la société conformément à la stipulation statutaire. Le minoritaire conteste cette exclusion sur deux fondements : d'une part, en arguant que les conditions d'application de la clause litigieuse n'étaient pas réunies ; d'autre part, en arguant d'un abus de majorité. La Cour de cassation rejette le pourvoi. D'un côté, les hauts conseillers reprennent les constatations des juges du fond selon lesquelles le minoritaire n'avait pas assisté au cours des trois dernières années aux assemblées générales ordinaires et extraordinaires, ce qui ne saurait être excusé par l'éloignement du lieu des assemblées et permettait de démontrer son désintérêt. De l'autre, la Cour régulatrice relève qu'aucune des deux conditions traditionnelles de l'abus de majorité n'est démontrée. Par conséquent, les juges valident l'exclusion de l'associé pour désintérêt.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 3^{ème}, 22 octobre 2020, pourvoi n° 19-19542 : Incompatibilité entre résolution et exécution forcée en matière de bail commercial.

La présente décision se trouve au carrefour du droit des obligations et du droit des affaires. En l'espèce, face au défaut de paiement du preneur, un bailleur commercial invoque devant le juge le bénéfice de la clause résolutoire comprise dans le contrat de bail. Le juge des référés condamne le preneur au versement d'une provision pour suspendre la résolution. Ce versement n'est pas effectué de sorte que le bailleur prend acte de la résolution. Demeure qu'ensuite il renonce à cette résolution pour assigner le preneur en exécution forcée. Sa demande est accueillie par les juges du fond et c'est sur ce point que se cristallise le contentieux devant la Haute juridiction. Le bailleur peut-il renoncer à la résolution actée pour exiger l'exécution forcée ? La cassation était attendue tant la réponse apparaît évidente (V. déjà Civ. 3^{ème}, 7 juin 1989,

jurisprudence constante). Les hauts conseillers considèrent que l'ordonnance de référé étant passée en force de chose jugée, la résolution étant actée, le bailleur ne peut y renoncer pour exiger l'exécution forcée. Se trouve rappelée l'incompatibilité entre exécution forcée et résolution. La cohérence s'oppose à cette contradiction comportementale et judiciaire. Entre la résolution et l'exécution forcée, il faut choisir (cf. art. 1217 C. civ.).

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 12 novembre 2020, pourvoi n° 19-12.112 : Nouvelle illustration du contentieux relatif à la faute du porteur de carte.

Mme X, détentrice d'une carte bancaire, reçoit sur son téléphone portable deux messages intitulés « 3D Secure » lui communiquant des codes sécurisés à 6 chiffres, afin de valider deux achats sur internet qu'elle n'a pourtant pas effectué. Se rendant compte que des opérations se font sans son consentement à partir de son compte, elle fait opposition. Par suite, elle demande à la banque le remboursement de toutes les sommes prélevées sur son compte. Elle s'expose au refus de la banque qui argue que Mme X a répondu à un courriel soi-disant envoyé par son opérateur téléphonique et a communiqué son numéro de carte bancaire, sa date d'expiration et le cryptogramme afférent. La banque y voit une négligence grave source de responsabilité du porteur de carte. Les juges du fond font droit à la demande de remboursement de Mme X, considérant que la banque n'a pas prouvé qu'elle a elle-même effectué toutes les diligences de vérification nécessaires au paiement et n'a pas prouvé définitivement la négligence de Mme X. La Cour de cassation suit le raisonnement du juge de première instance considérant qu'il résulte des articles L. 133-19, IV, et L. 133-23 du Code monétaire et financier que s'il entend faire supporter à l'utilisateur d'un instrument de paiement doté d'un dispositif de sécurité personnalisé les pertes occasionnées par une opération de paiement non autorisée

rendue possible par un manquement de cet utilisateur, intentionnel ou par négligence grave, aux obligations mentionnées aux articles L. 133-16 et L. 133-17 de ce code, le prestataire de services de paiement doit aussi prouver que l'opération en cause a été authentifiée, dûment enregistrée et comptabilisée et qu'elle n'a pas été affectée par une déficience technique ou autre.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 18 novembre 2020, pourvoi n° 18-21.797 : Revendication de la qualité d'associé par le conjoint.

Voici une illustration de l'un des contentieux les plus traditionnels du droit des sociétés, celui de la revendication de la qualité d'associé par un conjoint. Pour rappel, les alinéas 2 et 3 de l'article L. 1832-2 du Code civil dispose que « *La qualité d'associé est reconnue à celui des époux qui fait l'apport ou réalise l'acquisition. La qualité d'associé est également reconnue, pour la moitié des parts souscrites ou acquises, au conjoint qui a notifié à la société son intention d'être personnellement associé. Lorsqu'il notifie son intention lors de l'apport ou de l'acquisition, l'acceptation ou l'agrément des associés vaut pour les deux époux. Si cette notification est postérieure à l'apport ou à l'acquisition, les clauses d'agrément prévues à cet effet par les statuts sont opposables au conjoint ; lors de la délibération sur l'agrément, l'époux associé ne participe pas au vote et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité* ». En l'espèce, la revendication de la qualité d'associé est exercée par le conjoint d'un associé d'une société en nom collectif. La Cour de cassation est interrogée sur les conditions de cette revendication. Elle s'appuie sur l'article L. 221-3 alinéa 2 du Code de commerce, lequel dispose « *Les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés* », pour décider qu'il « *résulte de la combinaison des articles 1832-2, alinéa 3, du code civil et L. 221-13 du code de commerce que*

la revendication de la qualité d'associé par le conjoint d'un associé en nom, bien que ne constituant pas une cession, est subordonnée au consentement unanime des autres associés, qui répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales ».

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 25 novembre 2020, pourvoi n° 18-86.955 : La responsabilité pénale de la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée.

Attention revirement de jurisprudence intéressant tant la matière pénale que le droit des sociétés. En l'espèce, une société X est mise en cause pour une infraction commise en 2002. En 2017, la société X et sa société-mère ont fait l'objet d'une fusion-absorption par la société Y, laquelle est citée à comparaître par les parties civiles à l'audience pénale pendante. Soupçonnant que l'opération de fusion-absorption a été réalisée en fraude de la procédure pénale engagée contre la société X, le tribunal correctionnel décide de manière plutôt hardie qu'en cas de fraude, la responsabilité pénale de la société absorbante pouvait être engagée pour les faits commis par la société absorbée. La cour d'appel confirme le jugement du tribunal correctionnel. A ce stade, il faut souligner que la position prise par les juges du fond était contraire à la solution traditionnelle de la Cour de cassation qui refusait jusqu'alors, sur le fondement du principe de personnalité des peines et des délits et sur le concept de personnalité morale, d'engager la responsabilité pénale de la société absorbante pour des faits commis par la société qu'elle a absorbée (Crim. 20 juin 2000 ; V. également, Crim. 25 octobre 2016). L'arrêt de 2020 est constitutif d'un important revirement de jurisprudence puisque la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par la société Y. La Haute juridiction décide qu'en cas de fusion-absorption d'une société par une autre société, la société absorbante peut, en cas de fraude, être condamnée pénalement pour des

faits commis par la société absorbée avant la fusion. Il est vrai que le revirement était attendu depuis que la Cour de Strasbourg a déclaré irrecevable la requête formée par la société Carrefour France SAS, condamnée à une amende civile en application de l'article L. 442-6 du Code de commerce, s'agissant de pratiques anticoncurrentielles commises par la société Carrefour Hypermarchés, qu'elle avait absorbée. Se dessine derrière ces décisions une nouvelle logique, celle d'un principe de continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 2^{ème}, 8 octobre 2020, pourvoi n° 19-15.684 : Encore une histoire de passage à niveau et encore une exclusion de la force majeure.

Quel que soit le fondement, le principe est constant : « *le fait d'un tiers ou la faute de la victime n'exonère totalement le gardien de la responsabilité que s'il revêt les caractères de la force majeure* ». Ce principe est rappelé par la Haute juridiction dans des circonstances qui ne lui sont pas inconnues. En l'espèce, le conducteur d'une voiture se trouve immobilisée sur un passage à niveau en raison notamment de la présence de verglas sur les rails et d'autres automobiles encombrant la route. Les passagers du véhicule descendent à l'approche du train mais restent imprudemment à proximité. L'accident survenu, la responsabilité de la SNCF est recherchée. Les juges du fond ont exonéré le transporteur ferroviaire de sa responsabilité du fait des choses eu égard aux fautes des victimes (l'immobilisation du véhicule sur les voies pour conducteur, l'imprudence des passagers restés à côté du véhicule). Pour ce faire, les juges ont relevé le caractère irrésistible de l'accident pour la SNCF, ce qui suffirait à son exonération. La Cour de cassation censure l'arrêt d'appel, considérant que l'accident ni plus que le comportement des victimes n'étaient imprévisibles ; dès lors, la force majeure exclut, la SNCF voit sa responsabilité partiellement

retenue sur le fondement de l'ancien article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil (auj. art. 1242 al. 1^{er}).

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 3^{ème}, 5 novembre 2020, pourvoi n° 19-10.857 : Obligation de sécurité de la société de maintenance de la porte de garage.

Le champ de l'obligation de sécurité s'étend toujours davantage ; et comme toujours, tout est affaire d'espèce : le locataire d'un appartement se blesse avec la porte automatique du garage de l'immeuble, laquelle ne s'était pas refermée et qu'il a essayé de fermer manuellement. Il agit en réparation contre le propriétaire de l'immeuble, lequel appelle en garantie la société chargée de la maintenance de la porte. Naturellement, le lien entre le propriétaire de l'immeuble et la société de maintenance étant conventionnel, le débat se transporte sur le terrain contractuel. Les juges du fond écartent la responsabilité de la société de maintenance après avoir retenu que « dans la mesure où, en conformité avec la réglementation, il peut s'écouler six mois entre deux visites d'entretien et où, durant ces périodes, l'intervention de la société [de maintenance] en raison d'un dysfonctionnement de tout ordre de la porte de garage est conditionnée par le signalement du gardien de l'immeuble, l'obligation de sécurité pesant sur la société chargée de l'entretien ne peut qu'être de moyen s'agissant des avaries survenant entre deux visites et sans lien avec l'une de ces visites ». Autrement dit, pour la cour d'appel, la société de maintenance serait seulement débitrice d'une obligation de sécurité mais uniquement de moyens et elle n'y aurait pas fait défaut. La Cour de cassation censure l'arrêt d'appel : sur le fondement de l'ancien article 1147 du Code civil, les hauts conseillers décident que celui qui est chargé de la maintenance d'une porte automatique d'accès à un parking est tenu d'une obligation de résultat en ce qui concerne la sécurité de l'appareil. La solution n'est pas sans rappeler un arrêt déjà ancien en la matière dans lequel la Cour de cassation avait décidé que

l'obligation d'une entreprise chargée de la maintenance de machines est une obligation de sécurité et de résultat dès lors que les réparations potentielles ne comportent pas d'aléa (Com. 16 mars 1999).

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1^{ère}, 25 novembre 2020, pourvoi n° 19-21.060 : La force majeure ne peut être invoquée par celui qui ne profite pas du contrat.

Voici l'une des premières applications de la réforme du droit des contrats de 2016 et elle a pour objet la force majeure. A ce titre, l'article 1218 du Code civil a le mérite de la clarté s'agissant de ses fonctions : « *Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant (...) empêche l'exécution de son obligation par le débiteur (...). Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations* ». Force est de constater que la période est propice à son invocation mais aussi à des incompréhensions. La présente affaire en est l'expression : en l'espèce, un couple a souscrit et payé un contrat d'hébergement dans un établissement de cure thermique. Pendant le séjour, le mari est hospitalisé en urgence. Par suite, le couple demande la résolution du contrat d'hébergement. Le juge d'instance fait droit à leur demande prononçant la résiliation du contrat sur une partie du séjour, dès lors que la maladie constitue un cas de force majeure imprévisible, irrésistible et rendant impossible la poursuite de l'exécution du contrat. La censure promise n'a pas manqué de sanctionner le jugement : la Cour régulatrice affirme, au visa de l'article 1218 du Code civil, sous la forme d'un principe que « *le créancier qui n'a pu profiter de la prestation à laquelle il avait droit ne peut obtenir la résolution du contrat en invoquant la force majeure* ». Déjà, dans un arrêt de 2014, les hauts conseillers avaient affirmé que le débiteur d'une somme d'argent ne peut refuser de payer en invoquant un cas de force majeure (Com. 16 septembre 2014). Cette décision ajoutée à la

présente de 2020 permettent d'en terminer avec quelques hésitations passées (l'on pense tout particulièrement à un arrêt ambigu et demeuré isolé dans lequel la Cour de cassation avait suggéré qu'un élève qui n'avait pu suivre les cours d'un établissement d'enseignement avait valablement pu cesser de payer les frais de scolarité, Civ. 1^{ère}, 10 février 1998).

dangereuse de la chose et du jeune âge de la victime.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 2^{ème}, 26 novembre 2020, pourvoi n° 19-19.676 : un renouveau en matière de garde de la chose ?

Cet arrêt interpelle tant au regard des faits en cause qu'au vu de la solution retenue. En l'espèce, un couple reçoit dans sa maison une amie et son fils de onze ans. Visitant la maison, l'enfant découvre un pistolet de défense et se blesse grièvement avec. Des années plus tard, les conseillers d'appel condamnent le couple et leur assureur au versement de dommages-intérêts en faveur de la victime devenue majeure. Un pourvoi est formé reprochant aux juges du fond d'avoir affirmé la responsabilité du fait de la chose du couple alors que ses membres n'étaient pas gardiens de l'arme au moment des faits. Autrement dit, la question posée à la Haute juridiction était de savoir qui du couple ou de l'enfant avait la garde de l'arme lors de l'accident. La Cour de cassation rejette le pourvoi. En effet, selon les juges, il n'y a pas eu transfert de garde du couple à l'enfant, bien que celui-ci se soit introduit sans autorisation dans le sous-sol des époux, qu'il s'est emparé à leur insu de l'arme et qu'il s'est blessé lui-même en manipulant l'arme. Selon les hauts conseillers, les propriétaires sont demeurés gardiens de l'arme. Ils relèvent deux éléments en ce sens : d'une part, ce sont bien les conditions dans lesquelles l'arme a été entreposée qui ont permis à l'enfant de s'en emparer ; d'autre part, l'âge de la victime ne lui permettait pas d'avoir l'usage, le contrôle et la direction d'une arme de défense. La solution apparaît sévère pour le couple mais il faut l'analyser à l'aune de

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 traque est mon métier »

« La traque est mon métier » est le titre de l'ouvrage écrit par le colonel Eric Emeraux et sorti chez Plon en septembre dernier. Dans ce livre, le colonel Emeraux raconte le quotidien d'une unité de la gendarmerie nationale spécialisée dans la traque des criminels de guerre. Cette unité que le colonel Emeraux a dirigé est l'OCLCH, l'Office Central de Lutte contre les Crimes contre l'Humanité.

Nous avons l'honneur de recevoir le colonel Emeraux lui-même, cet officier sur les traces des criminels de guerre pour reprendre le sous-titre de son livre

<https://soundcloud.com/prepaisp/la-traque-est-mon-metier>

Hommage à Valéry Giscard d'Estaing

Il s'en est allé. Il était un de ces derniers hommes politiques qui ont connu le « monde ancien ». Il fut aussi un des grands Présidents de la Ve République.

Valéry Giscard d'Estaing l'ancien maire de Chamalières est mort mercredi dernier, à l'âge de 94 ans, des suites de la Covid-19. Il fut le plus jeune Président de la République élu avant Emmanuel Macron... Mais surtout il aura laissé une empreinte politique très forte sur notre pays...

Alors pour en parler j'ai le plaisir de recevoir notre spécialiste des institutions politiques, maître de conférences à Sciences po et enseignant de culture générale à l'ISP : Samir Hammal.

<https://soundcloud.com/prepaisp/hommage-a-valery-giscard-destaing>

10 Questions sur le métier de greffier des services judiciaires

Version moderne du scribe, le greffier des services judiciaires joue un rôle essentiel au sein du service public de la justice. Pour devenir greffier, il faut passer un concours exigeant, suivre une formation mêlant théorie et stages, et enfin s'imposer dans ses fonctions une fois titularisé.

Méconnu par le public, y compris les justiciables, le greffier est le garant du respect des règles procédurales au sein des tribunaux. Revenons ensemble sur ce rouage essentiel de la Justice.

Demandons à Mathilde Sarron, greffière à la Cour d'appel de Paris, de répondre à 10 questions sur le métier de greffier des services judiciaires.

<https://soundcloud.com/prepaisp/10-questions-sur-le-metier-de-greffier-des-services-judiciaires>

Qu'est-ce que la démocratie selon Alexis de Tocqueville ?

« Parmi les objets nouveaux qui, pendant mon séjour aux États-Unis, ont attiré mon attention, aucun n'a plus vivement frappé mes regards que l'égalité des conditions. Je découvris sans peine l'influence prodigieuse qu'exerce ce premier fait sur la marche de la société ; il donne à l'esprit public une certaine direction, un certain tour aux lois ; aux gouvernants des maximes nouvelles, et des habitudes particulières aux gouvernés ».

C'est par ces mots célèbres que s'ouvre le chef d'œuvre d'Alexis de TOCQUEVILLE, De La Démocratie en Amérique, ouvrage passé à la postérité pour son analyse profonde de la société démocratique qui n'en était alors qu'à ses balbutiements.

Aujourd'hui, les conférences, livres et émissions consacrées à notre éminent ancêtre témoignent de l'actualité d'une pensée qui offre de brillantes interprétations des dynamiques du monde contemporain.

Et si Alexis de Tocqueville était le meilleur ami de vos dissertations de culture générale... C'est l'affirmation de David Bracq, auditeur de justice et enseignant au sein de la Prépa ISP.

<https://soundcloud.com/prepasp/quest-ce-que-la-democratie-selon-alexis-de-tocqueville>

Dix questions au juge d'instruction

Le juge d'instruction est depuis longtemps considéré comme l'homme-orchestre de l'enquête judiciaire, en raison de ses pouvoirs d'investigations, et de placement en détention provisoire.

Héritier du lieutenant criminel né sous l'ancien régime et le code d'instruction criminelle, « l'homme le plus puissant de France », selon la formule de Balzac, dispose de pouvoirs importants susceptibles d'avoir des conséquences majeures sur le sort des procédures et celui des justiciables.

D'un côté, à la fois juge et enquêteur, sa double casquette est régulièrement critiquée et sa suppression a souvent été annoncée depuis plusieurs décennies, mais elle se heurte à une forte résistance de l'institution judiciaire et de l'opinion publique.

D'un autre côté, en effet, le juge d'instruction incarne l'indépendance de la justice, que les justiciables peuvent directement saisir dans certaines conditions, et sans lequel certaines affaires sensibles ne seraient pas découvertes, instruites et portées à la connaissance du public. Son rôle apparaît essentiel dans une société démocratique.

Le juge d'instruction est une fonction connue dans l'esprit de chacun, il fait désormais partie de notre quotidien dans les médias : il n'est pas une semaine sans que ne soit rapportée la mise en examen d'une personnalité, ou le renvoi devant le tribunal correctionnel de tel autre.

Mais au fond, qui est vraiment le juge d'instruction, que représente cette fonction et quel est son véritable rôle au sein de la chaîne pénale ?

Son action est-elle sans limites ou au contraire gouvernée par une éthique, des devoirs, un principe de responsabilité ?

De même, afin de garantir les principes fondamentaux que sont la séparation des pouvoirs, l'indépendance de la justice, l'égalité des citoyens devant la loi, le juge d'instruction bénéficie-t-il d'un statut particulier, d'un régime autonome qui le distingue des autres fonctionnaires ?

Nous allons donc tenter de vous présenter le métier de juge d'instruction en 10 questions aujourd'hui avec Stéphanie AUSBART, magistrat, actuellement conseiller à la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Versailles et qui a exercé les fonctions de juge d'instruction au cours de sa carrière.

<https://soundcloud.com/prepasp/dix-questions-au-juge-d-instruction>

Tintin et la Culture générale au XX^e et au XXI^e siècles

En 1929, paraissait la première planche de Tintin au pays des soviets, dans le Petit Vingtième, sous la plume de Georges Rémi, plus connu sous son nom d'artiste : Hergé. Neuf décennies plus tard, avec 250 millions d'exemplaires vendus, les Aventures de Tintin, traduites en une centaine de langues, sont l'une des séries de BD francobelge les plus vendues dans le monde, sinon la plus emblématique. Le Général De Gaulle ne disait-il pas qu'il avait un seul rival, sur la scène internationale : le reporter Tintin ?

Nous recevons aujourd'hui Benoit Quenedey, enseignant à l'ISP, pour revisiter avec nous l'œuvre magistrale d'Hergé et regarder la société de l'époque et celle d'aujourd'hui au travers des yeux de notre reporter préféré.

<https://soundcloud.com/prepasp/tintin-et-la-culture-generale-au-xxe-et-au-xxie-siecles>

Le procès des attentats de Charlie Hebdo

La lutte contre le terrorisme est l'un des défis majeurs de la communauté internationale. Elle représente aujourd'hui la menace la plus importante contre la sécurité intérieure et les démocraties.

L'année 2015 a été une année particulièrement noire pour la France, qui a été touchée et frappée par la commission de plusieurs attentats terroristes dont la violence est sans précédent. Cette année

2015 a en effet débuté par l'attaque des locaux de Charlie Hebdo le 7 janvier où 11 personnes étaient abattues par deux individus armés, par le meurtre d'une policière municipale à Montrouge le lendemain, et ensuite le 9 janvier, par la prise d'otages dans le supermarché Hypercacher de la porte de Vincennes et l'assaut au sein de l'imprimerie à St Dammartin en Goelle. Ces attentats faisaient au total 17 morts et plusieurs blessés.

La France a été profondément marquée par ces faits et cette tension dramatique qui se sont déroulés sur 2 journées. Ces événements ont eu un écho mondial et ont donné lieu à des cérémonies et rassemblement tant des citoyens que des chefs d'Etats afin de rappeler haut et fort les valeurs de nos démocraties.

Plus de cinq ans et demi après, 14 personnes ont été jugées au cours d'un procès qui s'est tenu pendant 54 jours du 2 septembre au 16 décembre 2020 à Paris devant la cour d'assises spécialement composée. Onze d'entre elles figuraient dans le box des accusés. Trois autres étaient absentes et toujours recherchées.

A bien des égards ce procès semble historique et unique. Non seulement en raison de la violence des faits, inédite, de son fort impact médiatique, sa durée, des moyens déployés, mais également en raison des débats sociétaux qu'il relance.

Ce procès soulève également bien des questions : en effet, quel peut être le sens d'un procès où les principaux accusés sont absents ; le procès était-il limité à faire œuvre de réparation et de vérité auprès des victimes ou peut-on finalement dire qu'il aura une portée historique ? Le rôle véritable de la justice est-il le même dans les procès terroristes que celui des procès criminels de droit commun ? Nous allons tenter de répondre à ces questions avec Stéphanie AUSBART, magistrat, qui était en 2015 magistrat coordonnateur de formation pénale au sein de l'Ecole nationale de la Magistrature à Paris, et qui était notamment chargée du pôle anti-terroriste concernant la formation des magistrats. Stéphanie AUSBART est également enseignante de droit pénal et de procédure pénale au sein de la Prépa ISP.

<https://soundcloud.com/prepasp/le-proces-des-attentats-de-charlie-hebdo>

Les dérives de la démocratie selon Alexis de Tocqueville

« Je veux imaginer sous quels traits nouveaux le despotisme pourrait se produire dans le monde : je vois une foule innombrable d'hommes semblables et égaux qui tournent sans repos sur eux-mêmes pour se procurer de petits et vulgaires plaisirs, dont ils emplissent leur âme. Chacun d'eux, retiré à l'écart, est comme étranger à la destinée de tous les autres (...) »

Ce célèbre passage du second tome de De La Démocratie en Amérique rassemble les deux craintes que nourrissait TOCQUEVILLE face à la société nouvelle : l'essor de l'individualisme et le triomphe du despotisme.

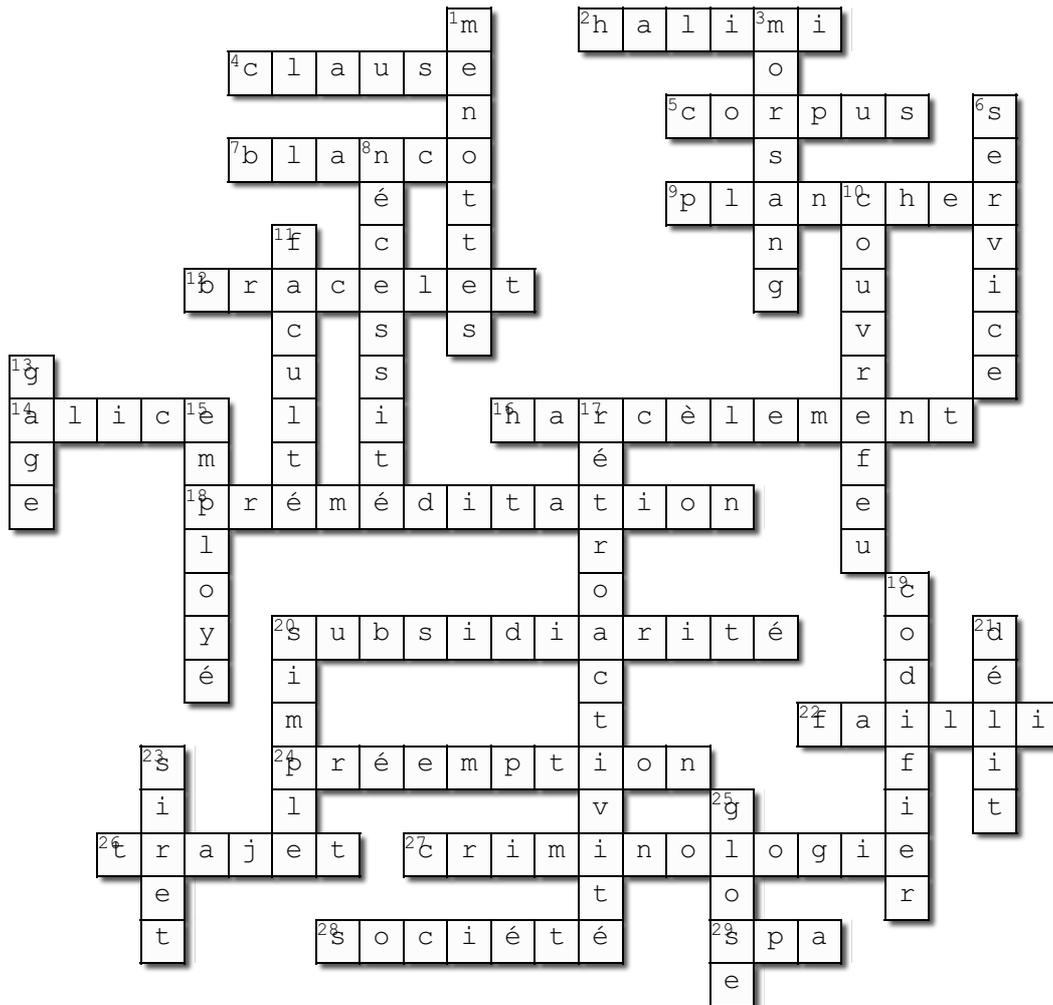
Il s'agit aujourd'hui de deux évidences, tant la critique de « l'individualisme contemporain » et de la tentation autoritaire de l'État nous est devenue familière ; au point d'être souvent galvaudée.

Mais rendons à TOCQUEVILLE ce qui appartient à TOCQUEVILLE puisque c'est lui, dans les primes années de la démocratie, qui en a posé le diagnostic avec précision et acuité.

Après un premier podcast consacré à la démocratie chez Alexis de TOCQUEVILLE, nous recevons à nouveau David Bracq, auditeur de justice et enseignant au sein de la Prépa ISP pour connaître la pensée de l'éminent auteur sur « les travers de la démocratie ».

<https://soundcloud.com/prepasp/les-derives-de-la-democratie-selon-alexis-de-tocqueville>

Solution BMA 51



Created using the Crossword Maker on TheTeachersCorner.net

Horizontal

2. seule avocate signataire du « manifeste des 343 » (**halimi**)
4. disposition particulière (**clause**)
5. ensemble cohérent de règles (**corpus**)
7. arrêt fondamental de 1873 (**blanco**)
9. peine incompressible imposée par la loi (**plancher**)
12. électronique ou en diamant ? (**bracelet**)
14. elle se promène au pays du droit (**alice**)
16. violence répétée verbale, physique ou psychologique (**harcèlement**)
18. dessein formé avant l'action (**préméditation**)
20. Après le principal (**subsidiarité**)
22. vieux débiteur insolvable (**failli**)
24. acquisition par priorité (**préemption**)
26. parcours domicile / travail du salarié (**trajet**)
27. étude scientifique des causes de la criminalité (**criminologie**)
28. elle est mère quand elle a des filiales (**société**)
29. service public pour la détente (**spa**)

Vertical

1. bracelets métalliques (**menottes**)
3. une ville où les hommes sont tout petits ? (**morsang**)
6. public, il satisfait un besoin d'intérêt général (**service**)
8. son état consiste à autoriser une action illégale (**nécessité**)
10. interdiction de circuler à certaines heures (**couvre feu**)
11. liberté incluant le droit de faire et le droit de ne pas faire (**faculté**)
13. garantit le paiement (**gage**)
15. salarié mais pas ouvrier (**employé**)
17. permet à un acte d'avoir des effets sur des cas antérieurs (**rétroactivité**)
19. rassembler en un corps de droit (**codifier**)
20. l'adoption peut l'être même si elle est compliquée (**simple**)
21. fait dommageable illicite (**délit**)
23. 14 chiffres pour identifier une entreprise (**siret**)
25. note en marge (**glose**)



CRISP

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation

