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

N° 53 – 2021

Sommaire

L'édito	p. 3
Les articles du mois	p. 5
L'actualité	p. 18
Les vidéos, podcasts et autres ressources	p. 76



CRISP

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

Expertise et démocratie : un couple au bord du divorce ?

par Nicolas Péhau

&

La loi relative au Parquet européen

par Olivier Bachelet



**PREPA
ISP**

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

L'ISP vous annonce la naissance de l'ISP

Ce faire-part quelque peu cocasse pourrait aussi être ainsi rédigé : l'ISP - Institut Supérieur de Préparation, classe préparatoire privée, devenue en plus de 35 ans une institution de la rue de Varenne à Paris vous informe de la création d'un autre ISP - Institut du Service Public qui s'installera dans la prison Sainte-Marguerite de Strasbourg à compter de 2022, en remplacement de feu l'ENA. L'ISP de Strasbourg assurera en outre un module de formation commun à ses propres élèves et aux ceux de 13 autres grandes écoles du service public dont l'Ecole Nationale de la magistrature (ENM), l'Ecole Nationale Supérieure de la Police (ENSP) mais aussi l'Institut national d'études territoriales (INET) ou l'Ecole des Hautes études en Santé Publique (EHESP).

ISP ou ISP ?	
<p>ISP - Institut Supérieur de Préparation</p> <p>Création : décembre 1984</p> <p>Activité : Préparation aux concours ENM, Police, CRFPA, Commissaire de justice, haute-fonction publique (ENA, INET, ENSP...), concours du ministère la justice (DSGJ, greffier, DSP, DPIP, CPIP, DPJJ), Gendarmerie, DGSE</p> <p>Nombre d'étudiants formés : plusieurs dizaines de milliers depuis 1984. Environ 3000 chaque année</p>	<p>ISP - Institut de Service Public</p> <p>Création : avril 2021</p> <p>Activité : Formations initiale et continue des hauts-fonctionnaires</p> <p>Nombre d'étudiants formés : une centaine par an sur la base des promotions de l'ENA actuelles + tronc commun avec les élèves de l'ENM, l'INET, l'EHESP, l'EN3S, l'ENSP, l'ENAP, l'EOGN, l'ENS + 4 écoles d'application de l'Ecole Polytechnique</p>

Or, l'ISP de la rue de Varenne prépare précisément à ces écoles. Il est inutile de rappeler ici le rôle joué depuis des décennies par l'ISP dans la préparation à l'ENM et aux concours de la police. De même, on connaît le succès d'ores et déjà enregistré par la nouvelle classe préparatoire ISP Haute fonction publique lancée récemment. Cette classe prépare entre autres à l'INET, à l'EHESP et à l'ENA.

Pour dire les choses simplement, l'ISP préparera donc à...l'ISP.

Mon grand regret est que Raymond Devos nous ait quitté trop tôt pour avoir le temps de s'emparer de cet imbroglio. Je l'imagine pourtant mettre en scène des quiproquos de candidats et de professeurs qui se trompent d'ISP, se présentant au mauvais endroit avec leur convocation et finissant par comprendre leur erreur à l'issue d'un dialogue surréaliste. D'autant que livreurs et facteurs laissent régulièrement à la Prépa des plis et des colis destinés

à notre illustre voisin de la rue de Varenne, le Premier ministre lui-même chargé de la tutelle de... l'autre ISP.

Et quid du titre d'ISPIens par lequel les anciens élèves de la Prépa se reconnaissent dans les tribunaux, les commissariats ou les préfectures qu'ils ont intégrés ? Ce nom sera-t-il dupliqué lui aussi pour devenir le doux nom des nouveaux énarques ? Tout porte à le croire. Le professeur de culture générale qui rédige cet édito ne nie pas qu'il y aurait par ailleurs à écrire et à réfléchir sur ce que signifie la suppression de l'ENA, école qu'il fréquenta en son temps. Il serait question de la crise de l'Etat et de la représentation, de technocratie mais aussi d'égalité des chances et de l'élitisme « républicain », autant de parties du cours que nos étudiants et anciens étudiants connaissent bien.

Mais le présent édito se voulait juste un billet d'humeur sur la surprise à l'annonce de la création d'un deuxième ISP. Juste une réaction au faire-part de naissance. Quoiqu'il en soit, soit le bienvenu petit frère !

Nous t'enverrons nos étudiants, auditeurs de justice, élèves commissaires de police et lauréats des autres concours de la haute fonction publique. Nous suivrons avec attention tes premiers pas et tu deviendras grand.

Puisse le nom d'ISP être pour toi aussi un gage de succès !

Philippe Mazet, professeur de culture générale à l'ISP

Les articles du mois

Culture générale

Nicolas Péhau

Professeur de culture générale à l'ISP

Expertise et démocratie : un couple au bord du divorce ?

Dans le prolongement du mouvement des gilets jaunes, la mise en place d'un « Grand Débat national » témoigne des besoins d'une démocratie directe ou *a minima* d'une démocratie participative. A l'instar du mouvement des « bonnets rouges » qui avait entraîné l'abandon de l'éco-taxa, celui des gilets jaunes a porté notamment sur la justice fiscale. Or, si la fiscalité constitue sans nul doute un sujet essentiel de la démocratie à travers le consentement à l'impôt, il n'en demeure pas moins qu'elle recouvre une complexité technique. Il en est de même avec la Convention citoyenne pour le climat qui avait pour mandat de définir une série de mesures permettant d'atteindre une baisse d'au moins 40 % des émissions de gaz à effet de serre d'ici 2030 (par rapport à 1990) dans un esprit de justice sociale.

La place de l'expertise dans le processus démocratique soulève de plus en plus d'interrogations. La « société du risque », pour reprendre l'expression du philosophe Ulrich Beck (La Société du risque. Sur la voie d'une autre modernité, 1986), est confrontée à des sujets techniques. En 1986, Ulrich Beck publie Risikogesellschaft, un livre qui traite la question des transformations sociales contemporaines sous le concept de risque, traduit en France quinze ans plus tard, en 2001, sous le titre La société du risque. Il avance l'idée que l'humanité contemporaine développe des « manufactures à risques ». Selon Beck, le destin de l'homme n'est plus placé sous le signe de la misère mais sous celui de la peur. Sa théorie repose sur

l'observation d'une « rupture à l'intérieur de la modernité », qui se manifeste par la remise en cause de la « religion du progrès ». La notion de progrès qui sous-tend le développement des sociétés industrielles depuis le XIX^e siècle est toujours considérée comme créatrice de richesses. Mais elle est désormais vue aussi comme génératrice de menaces, de dangers, d'atteintes à la santé et à la sécurité, que Beck identifie comme les composantes du concept de « risque ». Le développement des assurances, le recours à des procédures de règlement des conflits ont contribué à l'essor de l'expertise. Le « dire d'expert » est notamment sollicité dans des procédures litigieuses. L'expert peut apparaître comme la personne choisie pour ses connaissances, son expérience, et qui est chargée, de procéder à un examen, un constat ou une appréciation. Mais l'expert peut être entendu dans un sens plus large, en y incluant le technicien, qui au-delà de l'exécution, va conseiller sinon décider à la place d'un responsable. Le système technicien, pour reprendre le titre d'un essai de Jacques Ellul (1912-1994. Jacques Ellul considère que la technique a changé de statut. Si elle a cessé d'être ce qu'elle était depuis toujours, « un vaste ensemble de moyens assignés chacun à une fin », si elle s'est muée en « milieu environnant à part entière », si elle est désormais un phénomène « autonome » échappant ainsi de plus en plus au contrôle de l'homme et faisant peser sur lui un grand nombre de déterminations, c'est qu'imperceptiblement elle s'est « sacralisée ») paru en 1977 et qui reprend de nombreuses réflexions de cet auteur depuis La Technique ou enjeu du siècle, son premier essai paru en 1954, confère à la technique une place autonome dans la société. Dans La Technique et la Science comme idéologie, paru en 1968, Habermas (Assistant de Theodor W. Adorno, l'un des derniers représentants de l'école de Francfort) dénonce la technique comme l'idéologie (Terme conçu par Destutt de Tracy pour désigner une science des idées dans Éléments d'idéologie (1801-1815)) des groupes

dirigeants dans les démocraties libérales. Dans le capitalisme contemporain, la science et la technique forment un complexe technico-scientifique assujéti à la production industrielle.

Or, le système démocratique moderne repose sur une exigence accrue de transparence et de proximité. L'émergence d'une société civile, le rôle des médias, ces derniers étant qualifiés de quatrième pouvoir, la construction d'un espace public, remettent en question la place de l'expertise. Celle-ci est nécessaire mais ne suffit pas à répondre aux enjeux de la démocratie au moment où cette dernière est confrontée à une ère de défiance.

Dès lors, comment concilier le besoin d'expertise et le respect du fonctionnement démocratique ? Quelle place accorder à l'expert dans le processus de décision publique dans un contexte de crise de confiance ?

L'expertise est essentielle dans une société désormais technique et durablement confrontée au risque.

La société légal-rationnelle a recours à l'expertise.

Les progrès scientifiques et techniques résolvent ainsi par la médecine des problèmes qu'ils ont eux-mêmes créés par la modernisation des modes de vie. La science puis la technique au fur et à mesure qu'elles progressaient ont contribué au « désenchantement du monde » et à une remise en cause de certaines croyances. Le XIX^e siècle est celui du positivisme tel que rapporté par Auguste Comte pour qui la science se substitue à la religion et la technique à la politique. L'administration des choses semble une source de progrès illimité (« on n'arrête pas le progrès »), permettant à l'homme de devenir un « Prométhée moderne ».

L'évolution des sociétés a donné lieu à l'émergence d'une société fondée sur l'usage de la raison (Max Weber et le désenchantement du monde). Dans Économie et Société (1922), il entreprend de montrer que tous les domaines de l'activité sociale se dégagent de l'emprise de la tradition pour suivre une logique ayant sa propre efficacité. Écartant progressivement le recours

aux traditions, qui pouvait être une source de connaissances éprouvées au demeurant (dans ce cas, on distinguerait l'expert du sage, ce dernier voit son autorité fondée sur l'expérience, la notoriété sociale, la capacité d'élévation (On parlera parfois d'un « collège de sages »)), au charisme et à des formes d'irrationalité, les sociétés modernes s'appuient sur des procédures écrites et ont recours à des « tiers de confiance ». L'expert trouve d'autant plus sa place que la société moderne donne une place importante aux acteurs rationnels. En 1951, Kenneth J. Arrow formalise la théorie du « rational choice » (Social Choice and Individual Values).

Le pouvoir ne va pas sans un certain savoir, qui s'est spécialisé au fur et à mesure de la complexité du monde moderne. Au demeurant l'étymologie latine d'expert signifie celui qui a fait ses preuves. Au fur et à mesure que la société avance, qu'elle se plie à une technicisation, elle a besoin de savoirs spécialisés. Ainsi, afin de mieux éclairer le travail du législateur, une loi organique rend obligatoire depuis 2009 la fourniture d'une étude d'impact pour chaque projet de loi déposé par le Gouvernement. Ces études doivent évaluer avec précision les conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, ainsi que les bénéfices financiers attendus des dispositions envisagées (Un référé du premier président de la Cour des comptes critique la qualité des études d'impact des projets de loi élaborés par les ministères sociaux (S2018-1483, 22 juin 2018)). Certains projets de loi, assortis d'une étude d'impact, sont tenus à des consultations préalables avant d'être transmis au Parlement, comme par exemple, le conseil supérieur de l'éducation, le conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche ou le conseil national d'évaluation des normes. De même, la loi fixe une obligation d'évaluation socio-économique préalable au lancement de ces projets, qui peut donner lieu à des contre-expertises. L'évaluation socio-économique d'un projet d'investissement public étudie si chaque euro public investi créera de la valeur (économique, sociale et environnementale).

Désormais complexe, la société a besoin de l'expert.

Les sociétés seraient devenues plus compliquées. Paul Ricoeur (1913-2005) était au demeurant assez sceptique sur cette affirmation qui avait pour effet de se remettre au jugement de ceux qui savent. Il parlait d'expropriation du citoyen. Il est vrai que certains sujets sont complexes. C'est le cas de la bioéthique. Terme forgé par le cancérologue Van Potter, il est apparu dans les débats de société à partir des années 1990. La réflexion bioéthique résulte des grandes avancées de la biologie : procréation artificielle (les bébés-éprouvette, les mères porteuses), génie génétique, clonage (la brebis Dolly en 1997). La société a donc été confrontée à des situations inédites justifiant de recourir à la législation.

La démocratisation des processus de décision passe par l'information du public. Il n'y a pas d'expert en soi. C'est la sollicitation qui fait l'expert. L'expert est celui qui peut apporter un savoir spécialisé à une conjoncture problématique, ce qui donne lieu à un rapport particulier à la connaissance (H. Collins et R. Evans, Rethinking Expertise (2007)). Selon la sociologue Irène Théry, il y aurait trois types d'expertise : l'expertise de service, qui correspond à une mission d'éclairage direct de la décision (l'expertise judiciaire est une mesure d'instruction qui consiste pour le juge à recueillir l'avis d'un spécialiste afin de l'éclairer sur une question d'ordre technique), l'expertise de consensus, qui s'incarne dans des commissions qui regroupent différents acteurs et qui cherche à définir des normes et l'expertise d'engagement, qui conduit à exprimer un avis (Irène Théry, Expertise de service, de consensus, d'engagement : essai de typologie de la mission d'expertise en sciences sociales, Droit et société, 2005).

La complexité de la société justifie de recourir à une « légitimation par la procédure » au sens qu'entendait le sociologue allemand Niklas Luhmann en analysant les « procédures » comme l'outil de traitement par l'État de la complexité sociale dont l'un des effets serait de produire de l'acceptation. Le recours accru de l'expertise s'est accompagné d'une plus grande institutionnalisation de la sollicitation des experts.

Il participe à la réduction de la complexité sociale et à la maîtrise relative du risque. Certains auteurs comme P. Lascoume et Y. Barthe, ont pu parler d'une « démocratie technique » (Agir dans un monde incertain. Essai sur la démocratie technique, 2011) qui voit la « montée de l'expertise », comme le constat du rôle croissant de la connaissance technique dans l'action publique. Le champ d'activité de l'action publique s'élargit dans un vaste ensemble de secteurs comme la santé, l'énergie, l'environnement tout en donnant lieu à une accumulation de connaissances, notamment scientifiques, sur ces sujets. Le politique a ainsi recours à des panels d'experts soit de manière ponctuelle et partiellement institutionnalisée soit de manière plus institutionnalisée. En 2007, la commission « pour la libération de la croissance française », présidée par Jacques Attali était composée de 42 experts (En 1959, le Général de Gaulle avait mis en place le comité « Rueff-Armand » pour réfléchir à la suppression des obstacles à l'expansion économique). La commission sur la mesure des performances économiques et du progrès social, comprenant notamment Amartya Sen (Économiste et philosophe indien, prix Nobel d'économie en 1998 pour ses travaux sur l'économie du bien-être. Amartya Sen a écrit avec Mahbub ul Haq le premier Rapport sur le développement humain en 1990, publié par le Programme des Nations unies pour le développement, où ils mettent le développement humain au cœur du développement en général, et économique en particulier), travaillait pour sa part sur les limites du produit intérieur brut en tant qu'indicateur des performances économiques et du progrès social. D'autres instances s'inscrivent dans la durée, ce qui est de nature à fonder un nouveau rapport entre le pouvoir politique et l'expertise. L'expertise incarnée dans une instance visible, fait autorité et s'impose au décideur public. C'est le cas du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, GIEC (Prix Nobel de la paix en 2007 conjointement avec l'américain Al Gore), créé en 1988, qui vise à la fois à consolider au niveau mondial les acquis de la recherche scientifique sur le climat et à assurer la communication de ce savoir aux décideurs politiques.

Cette évolution aboutit à une dépendance croissante des citoyens et des élus vis-à-vis de spécialistes.

Incontournable, l'expertise est toutefois malmenée

L'expertise est en effet incontournable.

L'expertise opère en situation d'incertitude, ce qui ne signifie pas l'absence de connaissances. C'est d'ailleurs la raison du recours à la pluridisciplinarité. Par exemple, le conseil scientifique Covid-19 est une organisation consultative indépendante chargée d'éclairer la décision publique pour lutter contre la pandémie de Covid-19 en France. Institué en mars 2020, sa composition a été élargie progressivement à d'autres experts.

Les sociétés contemporaines se soumettent au principe de précaution (Du bas latin, *praecautio*, « mesure de prudence ». Il est popularisé par le philosophe Hans Jonas dans Le Principe responsabilité (1979)), qui a pour objet de diminuer les risques, de mieux les gérer. En France, la loi Barnier de 1995, codifiée dans le code de l'environnement, précise que « l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ». La Charte de l'environnement de 2004 a été intégrée dans la Constitution en 2005.

L'expert s'est imposé progressivement comme une figure incontournable à l'image de la « culture du chiffre ». Le chiffre séduit la société : on retient un taux de chômage, un niveau de dette. Il devient un fait normatif qui justifie d'agir dans une direction, au risque de tomber dans ce qu'a appelé Alain Supiot « la gouvernance par le nombre ». Les ravages de la politique du chiffre ont été mis en scène par exemple dans la série américaine « The Wire » créée par David Simon. On assiste ainsi à un envahissement de l'espace public par la parole porteuse de vérité de l'expert. On serait en face d'un idéal-type (ou type-idéal) au sens de Max Weber.

Recourir à l'expert permet de disposer d'un avis extérieur, technique, dans une procédure intéressant plusieurs parties. C'est le cas des procédures litigieuses, notamment dans le domaine des assurances. Le juge a également recours à l'expert judiciaire (Article I-1 des Règles de déontologie de l'expert judiciaire : « L'expert est une personne expérimentée dans un art, une science ou un métier inscrit sur une des listes prévues par la loi ou les textes réglementaires à qui le juge confie la mission de lui apporter les renseignements et avis d'ordre technique nécessaires à la solution d'un litige »). Il apporte des éléments livrés à l'appréciation du juge. L'article 263 du code de procédure civile précise que l'expertise n'a lieu d'être ordonnée que dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge. C'est le cas également des historiens à la barre. Différents serments doivent au demeurant être distingués (« rien que la vérité » ou « en honneur et conscience »). L'expertise revient à l'arbitrage des faits (« il est prouvé que ... les faits montrent que... »). L'expertise suppose une neutralité : « le juge transforme des informations reçues en format continu en un format discret : exercice d'algèbre juridique » selon l'expression de Daniel Bensaid). Pour autant, l'expert ne porte pas d'appréciation d'ordre juridique. L'ordre du jugement est ainsi distingué de l'ordre du savoir. Cette expertise, à l'image de certains procès médiatiques, peut être contestée.

L'expertise est aussi malmenée dans la société contemporaine.

En 1791, les experts jurés ont été supprimés (comme les corporations). La société médiatique et désormais les réseaux sociaux remettent en cause très facilement les positions arrêtées par un processus légalo-rationnel. Le doute devient permanent et le développement des « fake news » traduit une perte de confiance dans l'information. Ce constat s'applique également aux paroles d'experts. Ils sont à la fois sollicités et décriés. L'exigence d'immédiateté ne convient pas forcément avec le temps de l'expertise : les valeurs de l'expérience sont relativisées, le temps nécessaire à l'expertise est perçu comme un obstacle à la transmission d'informations, à la nécessité de rassurer ou de donner une explication. Les sociétés contemporaines,

confrontées au populisme, semblent accorder une « prime à la proximité, c'est-à-dire une plus grande confiance dans l'avis exprimé par celles et ceux dont ils se sentent plus proches. La confiance dans les élus, les institutions et donc ceux qui agissent pour la prise de décision publique est moindre comme l'a rappelé le rapport de France Stratégie, Expertise et démocratie, faire avec la défiance, en décembre 2018.

L'expert est par ailleurs concurrencé. D'abord par la multiplication des experts sur la scène médiatique d'autant que les médias n'échappent pas à la crise de confiance : le recours aux experts constitue un moyen de prendre appui sur des tiers pour donner davantage de crédit à une information transmise. La crise sanitaire depuis un an a mis en avant sur les plateaux de télévision de nombreux médecins. La figure du savant s'est ainsi effacée derrière celle de l'expert, qui dans certains cas, peut être un expert autoproclamé. L'expert est également concurrencé par d'autres figures dont les modalités d'intervention diffèrent, à commencer par la figure de l'intellectuel. Ce dernier intervient de lui-même dans le débat public et non sur commande. L'expert livre un savoir prêt à l'usage alors que l'intellectuel donne une vision du monde, une certaine idée des fins à poursuivre. Dans une société en quête de sens, cette dernière intervention peut donc se substituer à celle de l'expert, qui n'a pas vocation à donner du sens au monde.

La figure de l'expert est remise en cause avec le « tourbillon numérique ». L'espace d'information et de communication numérique est à l'origine de la défiance envers différents « porteurs de vérité ». Quelle différence entre un savant, un expert, un journaliste, un élu ? On peut s'interroger sur une tendance qui transforme les invités des « plateaux d'experts » en personnalités sollicitées non pas tant pour leur savoir que pour leur capacité à s'exprimer dans une société médiatisée.

L'expert serait aux yeux de certains dans une position délicate. Pour être entendu par l'opinion, il doit donner raison à ceux qui contestent (Axel Kahn prend l'exemple d'un combat de militants crédibles, les écologistes,

face à des militants non crédibles, les industriels). Le recours à l'expert peut en tout état de cause donner lieu à une forme d'instrumentalisation. Aucune décision politique n'est prise aujourd'hui sans qu'on avance l'autorité d'un expert ou d'un comité « Théodule » (Expression attribuée au Général de Gaulle en 1963). L'expertise permet de rassurer la population sur le fait que les décisions prises ne sont pas le fruit de processus aléatoires et arbitraires. L'articulation entre l'expert et le politique peut donc être l'occasion d'une image brouillée : soit l'expert décide en lieu et place du politique, soit celui ne décide pas. En se rangeant à l'avis des experts, c'est faire apparaître une décision sous un angle de nécessité. La situation de l'expert est un « entre-deux ». Il s'agit d'être entendu sans être instrumentalisé.

Enfin, l'expert ne sait pas tout. Certains enjeux globaux sont tels que les experts n'en savent pas plus que les citoyens et que par conséquent il ne leur appartient pas de prendre les décisions ou de peser fortement sur le processus de décision.

Face aux dangers d'une expertise de surveillance, la légitimité démocratique justifie d'encadrer l'expertise sans dénaturer celle-ci.

Une prise de conscience des dangers d'une expertise de surveillance émerge dans notre société.

L'expertise relève d'abord d'une logique de pouvoir.

La bureaucratie est l'alliance du pouvoir et de la raison. Elle repose notamment sur une division poussée du travail, une séparation entre décision et exécution, une centralisation des tâches. Cette évolution donne naissance à une nouvelle classe sociale en quelque sorte : James Burnham parle de L'Ère des organisateurs (1941), Joseph Schumpeter en fait de même dans Capitalisme, socialisme et démocratie (1942). Cette prise de pouvoir conduit à l'incompréhension, au dessaisissement de l'individu chez Franz Kafka (Le Procès, Le Château) et au totalitarisme (1984 de George Orwell, publié en 1949).

L'évolution des sociétés a donné lieu à une transition d'une logique de souveraineté à une

logique de la sécurité comme problématique principale du gouvernement. Ce dernier appréhende le corps social par la prévisibilité des phénomènes et par les statistiques. Michel Foucault (1926-1984) souligne l'émergence d'une bureaucratie de la connaissance, de collecte statistique (Sécurité, territoire, population (2004)). Le philosophe remet également en cause la conception du pouvoir qui ne serait pas seulement politique. Il faut penser en « micro-pouvoirs » lesquels sont observables partout. Par pouvoir, il faut entendre « une situation stratégique complexe dans une société donnée » (Histoire de la sexualité, t. 1 : La Volonté de savoir, 1976). L'expertise est donc une forme de pouvoir, plus ou moins intense, selon les débats. On pourrait même considérer que le pouvoir des experts est d'autant plus important qu'ils s'expriment sur un sujet moral, ce qui revient à se poser la question d'une éventuelle « expertise morale ».

À l'issue de la seconde guerre mondiale, dans un contexte de reconstruction, l'Etat-providence est un nouveau paradigme de l'action publique. De nouvelles institutions incarnant les savoirs d'Etat sont créées : l'Ecole nationale d'administration en 1945, le Commissariat général du plan et l'Institut national des statistiques et des études économiques (Insee) en 1946. Cela va donner lieu à une externalisation avec le Centre d'études prospectives et d'informations internationales (Cepii), créé en 1978, l'Observatoire français des conjonctures économiques (OFCE), créé en 1981. Ce mouvement se poursuit dans les années 1980-1990 avec le recours croissant à des expertises privées, notamment en matière de modernisation de l'action publique (la doctrine du « New Management Public »). En installant des instances d'expertise à l'extérieur des administrations publiques, il s'agit de rendre l'expertise plus visible mais aussi de faciliter ses interactions avec les parties prenantes, notamment issues de la société civile, donc de créer les conditions d'un espace de dialogue. La voie peut paraître étroite, comme le laisse entendre la résolution adoptée par l'Assemblée nationale à l'initiative de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et techniques en février 2017. Cette résolution plaide pour une plus grande prise en compte des expertises scientifiques dans les politiques publiques

(Assemblée nationale, Résolution sur les sciences et le progrès dans la République, n° 926, 21 février 2017).

Derrière l'expression « la parole est aux experts », se dessine l'idée que la décision publique peut être détournée. L'expert devient le technocrate, celui dont la maîtrise technique justifie la prise de pouvoir. Selon l'économiste John Kenneth Galbraith (1908-2006. Auteur également de L'Ère de l'opulence (1958), critique de la société de consommation), la technocratie recouvre l'ensemble des cadres dirigeants ou subalternes, des techniciens et des spécialistes qui participent à la prise de décision en groupe dans les grandes entreprises ou organismes (Le Nouvel État industriel. Essai sur le système économique américain, paru en 1967).

L'expertise suggère ainsi une certitude du savoir, forme contemporaine profane de la conception divine du jugement. En faisant reposer le jugement politique sur le jugement scientifique, la société risque de succomber à une nouvelle croyance, un fétichisme. En entrant dans le champ de l'action politique, la connaissance scientifique échapperait aux modes de contrôle de la discipline scientifique : « l'expertise perd en distance et gagne en croyance » (Daniel Bensaid).

L'expert peut se tromper ou conduire à l'erreur.

L'opposition entre le bon sens de l'homme de rue et l'incompétence ou la corruption du décideur (George Orwell et le concept de « the common decency ») souligne l'oubli dans les sociétés modernes d'une certaine forme de bon sens, de savoir-faire. Richard Sennet considère pour sa part que la reconnaissance sociale des expertises professionnelles signifie que ce n'est pas le fait de posséder un savoir-faire qui est en soi valorisé mais une certaine manière d'intervenir dans le travail, sur le mode de la recommandation issue d'un savoir qui n'est pas directement pratique. Le sociologue américain dessine ainsi la figure du consultant intervenant de l'extérieur sur une structure professionnelle.

La société moderne a bénéficié des bienfaits du Progrès (Du latin *progressus* : *pro*, devant et *gressus*, pas) mais certaines avancées techniques ont suscité des peurs. Tel est le cas par exemple

des campagnes de vaccination. Tout échec, voire scandale rejaillit sur la compétence ou sur l'intégrité des experts et incidemment sur l'impartialité des décideurs qui ont fait usage de l'expertise disponible : l'affaire dite du « sang contaminé » en 1985 (La transmission administrative du Sida de Michel Massenet), qui a conduit à la condamnation à la prison ferme du directeur du centre national des transfusions sanguines pour « tromperie » et « non-assistance à personne en danger » et à une inculpation de membres du gouvernement qui ont finalement bénéficié d'un non-lieu. Le non-lieu a été interprété comme la distinction entre la responsabilité pénale, qui suppose une faute, et la responsabilité politique, qu'il revient aux citoyens et à leurs représentants à juger. D'autres scandales peuvent être cités : l'affaire dite du « nuage de Tchernobyl », la crise de la « vache folle » ou l'affaire du Mediator qui met en cause l'évaluation des médicaments et la suspicion de conflits d'intérêts à l'égard d'experts responsables de l'autorisation de mise sur le marché d'un médicament. Cette dernière affaire éclate en 2010, lorsque sort le livre Mediator 150 mg : combien de morts ? de la pneumologue Irène Frachon et qui a abouti à un procès hors normes en 2019. Adoptée en 2011 à la suite de ce scandale, une loi vise à prévenir les conflits d'intérêts et à renforcer l'indépendance de l'expertise sanitaire publique en obligeant les professionnels de santé et décideurs publics à publiquement déclarer leurs liens d'intérêt avec l'industrie pharmaceutique. Une charte de l'expertise sanitaire a été approuvée en 2013, en reprenant les critères listés par une norme AFNOR définissant la qualité de l'expertise.

On assiste également au développement de la contre-expertise (ou expertise critique), avec des paroles d'expert contre d'autres experts. C'est le cas par exemple de la CRII-RAD dans le domaine du nucléaire. La question de la compétence est aussi centrale pour les uns et les autres. Sauf que si les expertises sont plurielles, cette pluralité ne prend pas toujours la forme d'une harmonieuse complémentarité. Cela peut conduire à une concurrence entre disciplines et entre personnalités.

La légitimité démocratique face à l'expertise se pose en termes nouveaux.

La société démocratique doit rester au-dessus de l'expert.

Certains débats ont donné le sentiment que les experts faisaient partie d'une élite, celle-ci regroupant l'ensemble des personnes considérées comme les plus compétentes dans un domaine. Pour le sociologue Charles W. Mills (L'Elite du pouvoir, 1956), le pouvoir est accaparé par un groupe social restreint défendant des intérêts communs.

Le recours à des experts se traduit par une sélection de certaines personnes qu'on consulte en fonction du savoir qu'elles sont censées détenir. Dès lors, cette procédure entre en conflit avec le principe démocratique selon lequel tout citoyen doit avoir la même part aux décisions. Pour autant dans un régime démocratique, la majorité a-t-elle toujours raison ? Ne faut-il pas suivre l'avis des experts contre l'opinion majoritaire ? Ces interrogations posent la question de la légitimité de la décision politique. On connaît les critiques du régime démocratique (Tocqueville parlait du « despotisme intelligent »). Certains d'entre nous sont plus « savants » que d'autres (Voir D. Estlund, L'autorité de la démocratie. Une perspective philosophique, 2011, qui avance l'idée d'épistocratie, pour désigner l'autorité politique des experts). Cela renvoie à la nature de la procédure de décision dans une société. Comment la procédure démocratique tend-elle à produire la bonne décision ? Condorcet démontre dans le théorème du jury que, si certaines conditions sont remplies, plus les décideurs sont nombreux, plus le groupe a de chances de prendre la bonne décision, en vertu de la loi des grands nombres. La procédure démocratique doit conduire à la meilleure acceptation par tous, ou le plus grand nombre. La procédure de décision doit être telle que personne n'a d'objection valable à opposer. Pour Estlund, la procédure démocratique de décision est la seule qui ne puisse pas être rejetée comme illégitime par les personnes soumises à la décision.

De plus, le niveau d'instruction et de qualification des citoyens s'est accru. L'individu devient davantage critique et dispose d'un accès au savoir qui n'est plus l'apanage de l'expert. Il faut y ajouter les mouvements de mobilisation comme celui des jeunes pour le climat. La difficulté tient au fait que la participation accrue des citoyens butte parfois sur des insatisfactions. Comme l'a résumé Bruno Latour dans Politiques de la nature. Comment faire entrer les sciences en démocratie (1999), « Comment prétendre que l'on a consulté sur un problème ceux qui à qui on n'a pas donné l'occasion de reformuler les termes de la question ? ».

A cette première évolution de la société démocratique moderne, s'ajoute une autre caractéristique, originelle : la démocratie est un équilibre entre des intérêts contradictoires. Il faut que celui qui a la légitimité décide « en connaissance de cause ».

Le recours à l'expertise se situe donc entre contrôle et autonomie.

Dans Du bon gouvernement des risques, Christine Neuville considère que les risques écologiques et sanitaires sont au cœur de nouvelles méésententes entre citoyens et institutions. Le risque devient, pour un grand nombre de citoyens, purement et simplement inacceptable. Il devient urgent de définir les conditions auxquelles la gestion publique des risques est acceptable. C'est la légitimité même de l'action de l'autorité publique qui est en jeu. Elle explique la construction sociale du risque.

Les sociétés modernes reposent sur l'argumentation. Dès l'Antiquité grecque, les débats démocratiques au sein de la cité ont donné lieu au déploiement d'un art de la discussion. Les techniques de l'argumentation se sont développées grâce aux rhéteurs et sophistes (Aristote et sa Rhétorique). L'art de convaincre repose sur trois modalités : l'éthique (entendu comme argument d'autorité), le pathétique et la logique. A l'occasion de ses deux conférences sur le savant et le politique (1917 et 1919), Max Weber distingue deux éthiques de l'action politique, l'éthique de conviction et l'éthique de responsabilité : ceux qui agissent selon une éthique de conviction sont certains d'eux-mêmes

et agissent doctrinalement alors que l'éthique de responsabilité repose sur l'acceptation de répondre aux conséquences de ses actes. Une hiérarchie des valeurs est donc nécessaire pour mettre les choix, les arbitrages face au risque. Un système démocratique fiable permettant l'accession au pouvoir des décideurs est donc indispensable en cas de crise et éviter que le discours de la peur et la démagogie l'emportent sur le discours de la vérité. Les travaux d'Habermas sont également utiles pour comprendre l'évolution d'un « agir communicationnel », qui fonde la démocratie sur la discussion et non sur la domination. Plutôt que de vouloir imposer, sans contradiction, ma maxime, je fais en sorte que tous puissent se retrouver sur une norme universelle (Morale et Communication, 1983). C'est le consensus obtenu dans la discussion qui rend « universalisable » une norme éthique.

Lorsque le citoyen ne maîtrise pas lui-même son degré d'exposition à un risque, il exprime de la défiance. La place de l'expert, les modalités de production, de diffusion ou de mobilisation de l'expertise constituent alors un enjeu politique. C'est le commanditaire de l'expertise, celui qui sollicite l'expert, qui fixe les règles d'emploi. C'est le sens d'un enseignement de Socrate rapporté par Platon dans le livre X de la République (601 d-e, trad. de Robin L, Gallimard) selon lequel un joueur de flûte renseignera le fabricant de flûtes sur les flûtes qui obéiront bien quand il jouera de la flûte. Celui qui se sert d'une chose se charge de renseigner le fabricant de ladite chose. Il en est de même de l'expertise.

A l'image du traitement des lobbies (Groupes de pression ou groupes d'intérêt désignant des organisations dont le but, la fonction, n'est pas comme les partis politiques, la prise et l'exercice du pouvoir mais la défense d'une cause auprès des autorités politiques ou administratives), l'expertise doit faire l'objet de mesures d'encadrement qui n'entraînent pas la perte d'indépendance qui est sa source de légitimité. L'expert doit être digne de confiance. Ces mesures reposent notamment sur le principe d'une transparence des recrutements et exploitations des expertises. Cette volonté répond en premier lieu à l'exigence de prévention des éventuels conflits d'intérêts. L'expertise doit

par ailleurs donner lieu à des mécanismes de contrôle interne qui visent à faire respecter les procédures d'avis, de consultation. Enfin, à l'instar de certains ordres professionnels, des règles spécifiques peuvent être envisagées pour encadrer certaines professions. Certaines évolutions institutionnelles ont ainsi donné lieu à la mise en place d'agences indépendantes chargées de veiller à l'absence de conflits d'intérêts des experts qui évaluent les risques. L'expert doit pouvoir être entendu sans être instrumentalisé. Ce qui pose également la question du « statut » de l'expert judiciaire. Comme le relève un auteur, il faut que « la laisse soit assez longue pour éviter que l'expert se transforme en courtisan » (M. Schudson (2006), « The trouble with experts – and why democracies need them », *Theory and Society*, 35).

L'expertise doit par ailleurs rester confinée au champ de la sollicitation. Elle n'a pas vocation à se substituer au décideur privé ou public. Tel est le cas du comité consultatif national d'éthique créé en 1983. Ce qui renvoie à la question de la responsabilité des décideurs. La légitimité de l'expert n'est pas de type démocratique mais scientifique. La légitimité du politique ne repose pas sur son savoir mais sur sa capacité à prendre des décisions éclairées. Ainsi la réforme de l'Etat, dans le cadre du « New Public Management », repose sur une consultation d'experts, publics ou privés. Ce fut notamment le cas de la Révision générale des politiques publiques (RGPP). Toutefois, la décision relève du politique. Ce n'est d'ailleurs pas pour rien que le comité de modernisation des politiques publiques qui arbitrait les mesures prises dans le cadre de la RGPP était présidé par le Premier ministre voire le président de la République. De même, à l'occasion de la révision de la Constitution en 2008, une nouvelle disposition attribue à la Cour des comptes une mission d'évaluation des politiques publiques mais cette mission s'inscrit bien dans le cadre de l'assistance de la juridiction au Parlement.

Enfin, l'expertise doit prendre sa place dans les processus participatifs. La démocratie contemporaine a vu l'essor de ces processus qui sont des aides à la décision publique. Le Grenelle de l'environnement en est une illustration.

L'émergence de l'espace public y contribue. Il s'agit de l'espace constitué des lieux plus ou moins virtuels où des citoyens s'assemblent pour débattre de sujets de société (Jürgen Habermas, L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise, 1962). Cela signifie qu'il faut accepter un pluralisme d'expertises, au risque d'une confusion précitée et l'intégration des savoirs d'usage. Ces derniers correspondent davantage à la participation citoyenne. À la différence du processus de vote, où le citoyen exprime ce qu'il veut, le processus délibératif conduit ce même citoyen à dire ce qu'il veut et ce qu'il sait. Or, il est commun de relever que le citoyen s'exprime en raison de certains déterminismes. Le syndrome Nimby, acronyme de l'expression « Not In My BackYard », qui signifie « pas dans mon arrière-cour », désigne ainsi l'opposant à un projet d'aménagement motivé, non par une opposition de principe ou de nature environnementale, mais par l'emplacement de ce projet qui porte atteinte à son cadre de vie et à son patrimoine. Ainsi, la révision des lois bioéthique a donné lieu à des états généraux, prévus par une loi de 2011, organisés au premier semestre 2018 par le comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé.

Les questions de confiance (Voir par exemple l'allocution du Procureur général près la Cour de cassation, à l'occasion de la prestation de serment de la promotion 2020 des auditeurs de justice, 7 février 2020) (La Société de confiance d'Alain Peyrefitte en 1995, La Société de défiance. Comment le modèle social français s'autodétruit, d'Yves Algan et P. Cahuc, en 2007) (Lire le corrigé de l'ISP du sujet de l'ENM 2011 : Défiance, méfiance ou confiance dans la société contemporaine) prennent une place importante dans l'analyse des rapports sociaux et sur la manière dont les citoyens jugent leurs représentants et les institutions. Comme le disait Georg Simmel, « celui qui sait tout n'a pas besoin de faire confiance. Celui qui ne sait rien ne peut raisonnablement même pas faire confiance » (Sociologie. Etudes sur les formes de socialisation, 1908). Le même auteur rappelait que la confiance est bien « une hypothèse sur une conduite future ».

Malgré cette prise de conscience, le traitement réservé à la place de l'expertise est loin d'être clarifié à l'heure du développement de l'intelligence artificielle. Se pose ainsi la question du décalage entre science et politique, entre l'invention scientifique et technique et l'invention politique.

Quiz

1 – L'essai d'U. Beck, *La Société du risque*, a été publié :

- a) L'année du naufrage de l'*Amoco cadiz*
- b) L'année de Tchernobyl
- c) L'année du drame de Seveso

2 – Le positivisme est rattaché plutôt à :

- a) Max Weber
- b) Auguste Comte
- c) Condorcet

3 – La commission Attali était chargée de :

- a) Se substituer au GIEC
- b) De trouver des mesures de la performance économique et du progrès social
- c) Réfléchir à la libération de la croissance française.

4 - Chez Max Weber, l'éthique de conviction revient à tenir compte des conséquences de sa décision.

- a) Vrai
- b) Faux

5 – La technostructure est un concept qu'on rattache à :

- a) Galbraith
- b) Sennet
- c) Habermas

Réponses :

1 – b ; 2 – b ; 3 – c ; 4 – b ; 5 - a

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

La loi relative au Parquet européen

L'article premier de la loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020, relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée, a inséré dans le livre IV Code de procédure pénale un titre X bis consacré au Parquet européen. Cette évolution décisive en droit pénal européen résulte du règlement UE 2017/1939 du 12 octobre 2017, mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen. Ce nouvel organe, appelé à traiter les enquêtes relatives aux infractions les plus graves portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne, est constitué d'un « *niveau central* », comportant notamment des chambres permanentes, un procureur européen en chef et un « *niveau décentralisé* » avec des procureurs européens délégués affectés dans les États membres. Les chambres permanentes supervisent et dirigent les enquêtes et les poursuites menées par les procureurs européens délégués. Ces derniers, chargés d'affaires particulières, peuvent, soit prendre des mesures d'enquête et d'autres mesures de leur propre initiative, soit en charger les autorités compétentes de leur État membre.

Compétence, attribution et saisine des procureurs européens délégués. Concernant la compétence et les attributions des procureurs européens délégués, la loi du 24 décembre 2020 prévoit que ces magistrats sont compétents sur l'ensemble du territoire national pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement les auteurs et complices des infractions pénales, commises après le 20 novembre 2017, portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne mentionnées par le règlement du 12 octobre 2017 (article 696-109 du Code de procédure pénale) qui, lui-même, renvoie à la directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017, relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de

l'Union au moyen du droit pénal. Pour ces infractions, les procureurs européens délégués exercent les attributions du procureur de la République du tribunal judiciaire de Paris et du procureur général près la Cour d'appel de Paris (articles L. 212-6-1 et L. 312-8 du Code de l'organisation judiciaire). L'indépendance des procureurs européens délégués est garantie en excluant la possibilité pour les parquets généraux de leur adresser des instructions. Les procédures dont sont saisis les procureurs européens délégués relèvent de la compétence des juridictions de jugement de Paris, tant en première instance qu'en appel, sachant que la Chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris ne peut pas évoquer ces procédures (article 696-110 du Code de procédure pénale).

S'agissant de la saisine du parquet européen, celle-ci intervient par l'intermédiaire du procureur de la République compétent, lui-même informé conformément au droit commun (article 696-111 du Code de procédure pénale). Lorsque le parquet européen décide d'exercer sa compétence, le procureur de la République ou le juge d'instruction saisi d'une enquête ou d'une information est tenu de se dessaisir de la procédure. Dans l'hypothèse où le procureur de la République saisi de l'enquête refuserait de se dessaisir au profit du parquet européen, le procureur général compétent désigne le magistrat compétent pour poursuivre les investigations (article 696-135 du Code de procédure pénale). Dans l'hypothèse où c'est le juge d'instruction qui refuse de se dessaisir, il invite les parties à faire connaître leurs observations dans un délai de cinq jours. À l'issue de ce délai, le juge d'instruction peut rendre une ordonnance de refus de dessaisissement qui est notifiée au procureur de la République et aux parties. Dans les cinq jours de sa notification, cette ordonnance peut être déférée, à la requête du Parquet européen, du procureur de la République ou des parties, à la Cour de cassation. La Chambre criminelle désigne alors, dans les huit jours suivant la date de réception du dossier, le magistrat compétent pour poursuivre les investigations. Le juge d'instruction demeure saisi jusqu'à ce que cet arrêt soit porté à sa connaissance (article 696-136 du Code de procédure pénale).

Cadres procéduraux. Dans les procédures relevant de sa compétence, le procureur européen délégué conduit les investigations conformément aux dispositions applicables à l'enquête de flagrance ou à l'enquête préliminaire et aux dispositions du code des douanes (article 696-113 du Code de procédure pénale). Toutefois, lorsqu'il est nécessaire, soit de mettre en examen une personne ou de la placer sous le statut de témoin assisté, soit de recourir à des actes d'investigation qui ne peuvent être ordonnés qu'au cours d'une instruction préparatoire, en raison de leur durée ou de leur nature, le procureur européen délégué conduit les investigations conformément aux dispositions applicables à l'instruction (article 696-114 du Code de procédure pénale). Dans ce dernier cas, l'article 696-116 du Code de procédure pénale dispose que ne sont alors pas applicables les dispositions de l'article 80 dudit Code, relatives au réquisitoire introductif et aux réquisitoires supplétifs, ainsi que les autres dispositions prévoyant que le ministère public adresse des réquisitions ou des avis au juge d'instruction. L'article 696-117 du même Code ajoute que les actes et décisions sont alors pris, soit par le procureur européen délégué, soit par le juge des libertés et de la détention saisi par réquisitions écrites et motivées du procureur européen délégué.

Mesures de sûreté et actes d'investigation. L'article 696-118 du Code de procédure pénale dispose ainsi que le procureur européen délégué accomplit les actes et prend les décisions en matière de :

- mise en examen ;
- interrogatoire et confrontation ;
- audition de témoins, y compris du témoin assisté ;
- recevabilité de constitution de partie civile et audition de la partie civile ;
- transport ;
- commission rogatoire ;
- expertise ;
- mandat de recherche, comparution ou d'amener.

Les décisions relatives au contrôle judiciaire sont également prises par le procureur européen délégué, non seulement dans le cadre de l'information judiciaire, mais aussi dans ceux de la convocation par procès-verbal et de la

comparution à délai différé. La personne placée sous contrôle judiciaire par le procureur européen délégué peut immédiatement contester cette décision devant le juge des libertés et de la détention, qui statue dans un délai maximal de soixante-douze heures sur cette contestation lors d'un débat contradictoire. Si le juge confirme le placement sous contrôle judiciaire, la personne peut faire appel de cette décision devant la Chambre de l'instruction (article 696-119 du Code de procédure pénale).

En revanche, les décisions relatives à l'assignation à résidence avec surveillance électronique et à la détention provisoire sont prises par le juge des libertés et de la détention, saisi par réquisitions écrites et motivées du procureur européen délégué et après, le cas échéant, un débat contradictoire (articles 696-120 et 696-121 du Code de procédure pénale). En revanche, les modifications de ces mesures, en faveur de la personne mise en cause, peuvent être prises par le procureur européen délégué (articles 696-122 et 696-123 du Code de procédure pénale). La décision de décerner un mandat d'arrêt est prise par le juge des libertés et de la détention, saisi par réquisitions écrites et motivées du procureur européen délégué. Le procureur européen délégué met le mandat d'arrêt à exécution sous la forme d'un mandat d'arrêt européen (articles 696-124 et 696-125 du Code de procédure pénale).

Les perquisitions, visites domiciliaires et saisies doivent, en l'absence de flagrance ou d'assentiment exprès de la personne chez laquelle elles ont lieu, être effectuées avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention saisi par réquisitions écrites et motivées du procureur européen délégué. Les décisions ordonnant une interception de correspondance émise par la voie des télécommunications, une géolocalisation, une enquête sous pseudonyme ou une technique spéciale d'enquête sont également prises par le juge des libertés et de la détention, saisi par réquisitions écrites et motivées du procureur européen délégué, sauf si ces mesures sont ordonnées dans des conditions d'utilisation et de durée permettant au procureur de la République d'y recourir dans le cadre de l'enquête de flagrance ou de l'enquête préliminaire. Enfin, les décisions ordonnant les saisies spéciales et les mesures conservatoires prévues à l'article 706-

166 sont prises, en principe, par le juge des libertés et de la détention, saisi par réquisitions écrites et motivées du procureur européen délégué (articles 696-126 à 696-128 du Code de procédure pénale).

Droits des parties. Dans le cadre de la procédure prévue par le nouvel article 696-114 du Code de procédure pénale, c'est-à-dire la procédure équivalente à l'instruction mais placée sous la direction du procureur européen délégué, les personnes mises en examen, témoins assistés ou parties civiles exercent l'intégralité des droits qui leur sont reconnus par le Code de procédure pénale, en particulier le droit d'être assisté par un avocat et d'avoir accès au contenu de la procédure, de formuler une demande d'acte, de présenter une requête en annulation ou de former un recours devant la Chambre de l'instruction (article 696-129 du Code de procédure pénale).

Clôture de la procédure. Aussitôt que les investigations, menées dans le cadre des dispositions du nouvel article 696-114 du Code de procédure pénale, lui paraissent terminées, le procureur européen délégué en avise les parties et leurs avocats conformément au I de l'article 175 du même Code. Si les parties en ont fait la demande, conformément au III du même article 175, elles disposent d'un délai d'un mois, si une personne mise en examen est détenue, ou de trois mois, dans les autres cas, pour lui adresser des observations selon les modalités prévues à l'avant-dernier alinéa de l'article 81 ou pour formuler des demandes ou présenter des requêtes. À l'issue du délai, le procureur européen délégué procède alors au règlement du dossier au vu des observations éventuelles des parties. Il rend son ordonnance conformément aux articles 176 à 184 du Code de procédure pénale, sous réserve de la compétence du juge des libertés et de la détention pour, sur réquisitions écrites et motivées du procureur européen délégué, ordonner le maintien de la personne sous assignation à résidence avec surveillance électronique ou en détention provisoire.

L'actualité

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 5 janvier 2021, n° 20-80.972 : réaffirmation de l'exception au principe de la rétroactivité *in mitius* concernant les réglementations de nature fluctuante

En l'espèce, une inspection a permis de constater qu'une société spécialisée dans l'abattage, la découpe et la commercialisation de viande bovine, porcine et ovine, exerçait son activité avec un volume de produits entrants lui imposant, sous peine de délit, un régime d'enregistrement. Déclarée coupable du chef d'exploitation d'une installation relevant du régime de l'enregistrement sans avoir effectué les démarches d'enregistrement, la société prévenue a formé un pourvoi en cassation fondée sur une méconnaissance alléguée du principe de rétroactivité *in mitius*.

En effet, pour déclarer la prévenue coupable, les juges du fond ont énoncé que l'annexe 3 à l'article R. 511-9 du Code de l'environnement, qui définit la nomenclature des installations classées pour la protection de l'environnement et la taxe générale sur les activités polluantes, prévoyait, au moment des faits, que l'enregistrement de l'installation était requis dès lors que la production était supérieure à deux tonnes par jour. Ils ont également relevé qu'un décret du 21 novembre 2017, toujours applicable, a porté ce taux à quatre tonnes, de sorte que, lorsque la production se trouve désormais comprise entre cinq cents kilogrammes et quatre tonnes par jour, seule une déclaration doit être effectuée.

Pour autant, les juges du fond ont ajouté que, si le principe constitutionnel et international de la loi pénale plus douce impose d'appliquer immédiatement celle-ci aux situations en cours, la modification du droit applicable ne ressort que des dispositions

réglementaires dudit décret, lequel est dépourvu de visée immédiatement pénale, et qu'en tout état de cause, les dispositions législatives des articles 173-1 et suivants du Code de l'environnement, support légal de l'incrimination, demeurent en vigueur au jour du prononcé de la décision. Ils en ont conclu que la modification des seuils applicables est sans effet sur la réalité de l'infraction.

Dans son arrêt du 5 janvier 2021, la Chambre criminelle valide ce raisonnement dès lors, d'une part, que les faits ont été commis antérieurement à l'entrée en vigueur des modifications des dispositions réglementaires applicables et, d'autre part, que les dispositions législatives, support légal de l'incrimination, n'ont pas été modifiées. Cette solution s'inscrit dans la lignée d'une jurisprudence désormais traditionnelle de la Cour de cassation (voir, notamment : Cass. crim., 29 octobre 2013, n° 12-85.395) constitutive d'un nuance apportée, dans le cadre de secteurs d'activités dont la réglementation est par nature fluctuante, au principe de la rétroactivité *in mitius*.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 6 janvier 2021, n° 19-84.547 : la détention d'un faux n'implique pas une appréhension matérielle des documents, qui peuvent être détenus par l'intermédiaire d'autrui

En l'espèce, à deux reprises, un couple a été l'objet de contrôles aéroportuaires par des agents des douanes. Ces contrôles ont permis de révéler que l'épouse était en possession de plusieurs faux passeports dont certains supportaient sa photographie ou celle de son mari. Celle-ci fut déclarée coupable, par le tribunal correctionnel, de détention de faux documents administratifs tandis que l'époux

bénéficia d'une relaxe. Néanmoins, la Cour d'appel infirma cette relaxe et déclara l'époux coupable de la détention frauduleuse des faux documents administratifs découverts sur son épouse aux motifs, notamment, que les faux documents d'identité portant la photographie de l'intéressé « *étaient nécessairement destinés à être prioritairement utilisés par lui, et que le couple agissait de manière parfaitement coordonnée, caractérisant ainsi une coaction* ».

Dans son arrêt du 6 janvier 2021, la Chambre criminelle confirme cette solution. Pour ce faire, elle affirme que la détention frauduleuse d'un ou plusieurs faux documents administratifs, incriminée par l'article 441-3 du Code pénal, doit être définie « *comme un pouvoir de fait exercé sur un bien* » et « *n'implique pas une appréhension matérielle des documents, qui peuvent être détenus par l'intermédiaire d'autrui* ». Or, en l'espèce, les juges du fond ont établi que l'époux disposait, tout autant que son épouse, des faux passeports litigieux. Cette solution est illustrative d'une forme de dématérialisation des infractions de faux dans un objectif d'efficacité répressive.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. civ. 1^{ère}, 6 janvier 2021, n° 19-21.718 : conciliation du droit à la présomption d'innocence et de la liberté d'expression

En l'espèce, une personne, mise en examen du chef d'atteintes sexuelles sur des mineurs qui auraient été commises alors qu'il était prêtre, avait assigné trois sociétés de production en référé aux fins, notamment, de voir ordonner, sous astreinte, la suspension de la diffusion d'un film jusqu'à l'intervention d'une décision de justice définitive sur sa culpabilité. Les juges du fond ont rejeté son recours aux motifs, notamment, que le film en question, qui ne constitue pas un documentaire sur le procès à venir, s'inscrit dans une actualité portant sur la dénonciation de faits commis au sein de l'Église catholique et participe à un débat d'intérêt général autour de la libération de la parole. Ils

notent, par ailleurs, que le film débute et s'achève par des mentions précisant qu'il s'agit d'une fiction inspirée de faits réels et que l'intéressé bénéficie de la présomption d'innocence. Ils soulignent également, d'une part, que la sortie du film à la date prévue n'est pas de nature à porter une atteinte grave au caractère équitable du procès et à la sérénité des débats dès lors qu'elle ne coïncide précisément pas avec ces débats et, d'autre part, que la suspension de cette sortie jusqu'à l'issue définitive de la procédure pénale serait de nature à porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression.

Dans son arrêt du 6 janvier 2021, la première Chambre civile rappelle que l'atteinte à la présomption d'innocence est constituée lorsque l'expression litigieuse est exprimée publiquement et contient des conclusions définitives tenant pour acquise la culpabilité d'une personne pouvant être identifiée relativement à des faits qui font l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, ou d'une condamnation pénale non encore irrévocable (Cass. civ. 1^{ère}, 10 avril 2013, n° 11-28.406). Elle rappelle également que, le droit à la présomption d'innocence et le droit à la liberté d'expression ayant la même valeur, il appartenait aux juges du fond de les mettre en balance afin de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime. Elle ajoute que, dans cette appréciation, doivent être prises en considération la teneur de l'expression litigieuse, sa contribution à un débat d'intérêt général, l'influence qu'elle peut avoir sur la conduite de la procédure pénale et la proportionnalité de la mesure demandée (voir, notamment : CEDH, gde ch., 29 mars 2016, *Bédat c/ Suisse*, n° 56925/08). À cet égard, la Haute juridiction judiciaire valide la solution des juges du fond qui ont procédé à une mise en balance des intérêts en cause, apprécié l'impact du contenu du film et des avertissements y figurant sur la procédure pénale et considéré que la culpabilité de l'intéressé n'y est pas tenue pour acquise avant qu'il soit jugé.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP**Cass. crim., 12 janvier 2021, n° 20-80.259 : la comparution immédiate n'impose pas de juger le prévenu le jour de son déferrement impérativement avant minuit**

En l'espèce, à la suite de son déferrement, un individu s'était vu notifier une comparution immédiate des chefs de conduite sans permis et sous l'effet d'une substance stupéfiante, le tout en récidive. Selon les notes d'audience, il avait comparu devant le tribunal correctionnel le 2 juin 2018 à 00 heures 47. Les juges du premier degré ont alors rendu un jugement daté du 1^{er} juin 2018 par lequel ils se sont déclarés non saisis des faits, dès lors que l'intéressé n'a pu être jugé le jour même en application de l'article 395 du Code de procédure pénale. Cette solution a été confirmée par la Cour d'appel.

Dans son arrêt du 12 janvier 2021, la Chambre criminelle rappelle que, conformément aux dispositions de l'article 395 du Code de procédure pénale, lorsque les conditions d'une comparution immédiate sont remplies, le procureur de la République peut traduire, sur le champ devant le tribunal, le prévenu qui est retenu jusqu'à sa comparution qui doit avoir lieu le jour même. Pour autant, elle casse l'arrêt d'appel. Pour ce faire, elle affirme, d'une part, que le tribunal correctionnel est irrévocablement saisi par le procès-verbal de notification établi par le procureur de la République et, d'autre part, que l'exigence d'une comparution « *le jour même* » de la présentation de l'intéressé au parquet ne saurait être interprétée comme la nécessité de le juger impérativement avant minuit, mais comme celle de le faire comparaître au cours de l'audience considérée, quand bien même celle-ci se terminerait après minuit en raison de contraintes diverses.

Par ailleurs, la Haute juridiction judiciaire souligne qu'il a été satisfait, en l'espèce, à la réserve posée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 17 décembre 2010 (n° 2010-80-QPC), dès lors que l'intéressé a été présenté à la

formation du siège avant l'expiration du délai de vingt heures couru à compter de la levée de sa garde à vue.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP**Cass. crim., 12 janvier 2021, n° 20-84.045 : la présence de l'avocat du gardé à vue n'est pas requise lors de la révélation du code de déverrouillage de son téléphone portable et lors de l'exploitation de ce dernier**

En l'espèce, dans le cadre d'une information judiciaire ouverte du chef de trafic de stupéfiants, une personne suspectée a été placée en garde à vue et a sollicité l'assistance d'un avocat. Au cours de cette mesure, un officier de police judiciaire lui a demandé, hors la présence de son avocat, le code d'accès à son téléphone et, après l'avoir obtenu, a procédé à son exploitation. Mise en examen, l'intéressée a formé une requête en nullité du procès-verbal d'exploitation de son téléphone et de l'audition consécutive au motif qu'elle avait révélé son code de déverrouillage hors la présence de son avocat.

La Chambre de l'instruction a rejeté ce moyen de nullité aux motifs, d'une part, que le procès-verbal d'exploitation du téléphone de l'intéressée n'a pas le caractère d'une audition, dès lors que celle-ci n'a fait aucune déclaration et qu'aucune question sur les faits pour lesquels elle est placée en garde à vue ne lui a été posée, et, d'autre part, qu'il n'est pas rapporté la preuve d'une atteinte au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, dès lors que ce droit ne s'étend pas à l'usage de données que l'on peut obtenir de la personne en recourant à des pouvoirs coercitifs, mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect.

Dans son arrêt du 12 janvier 2021, la Chambre criminelle valide cette solution. Pour ce faire, elle affirme, en premier lieu, qu'aucune disposition légale ne prévoit la présence de l'avocat lors de l'exploitation d'un téléphone portable, assimilable à une perquisition. Elle ajoute, en second lieu, que la communication à

un officier de police judiciaire, sur sa sollicitation, d'une information permettant l'accès à un espace privé préalablement identifié, qu'il soit ou non dématérialisé, pour les besoins d'une perquisition, ne constitue pas une audition au sens de l'article 63-4-2 du Code de procédure pénale.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 13 janvier 2021, n° 20-80.511 : la coutume internationale s'oppose à ce que les agents d'un État puissent faire l'objet de poursuites pour des actes relevant de l'exercice de la souveraineté dudit État devant les juridictions pénales d'un État étranger

En l'espèce, deux individus, de nationalité française, ont été arrêtés dans le cadre des opérations déclenchées par les Etats-Unis à l'encontre du régime taliban et du réseau Al Qaida, et détenus au camp de Guantanamo Bay, base militaire américaine située à Cuba. Les proches des intéressés ont déposé une plainte avec constitution de partie civile des chefs d'acte attentatoire à la liberté individuelle consistant en une détention de plus de sept jours, abstention volontaire de mettre fin à une privation illégale de liberté et séquestration de personne. Par la suite, le procureur de la République a délivré un réquisitoire supplétif des chefs de tortures et actes de barbarie concomitants aux crimes d'arrestation, enlèvement, détention, séquestration sans ordre des autorités constituées et hors les cas prévus par la loi commis en réunion, avec préméditation et avec usage ou menace d'une arme. De nombreuses investigations sur les conditions dans lesquelles les parties civiles ont été détenues ont été menées, mais aucune des diverses commissions rogatoires internationales adressées aux Etats-Unis n'a reçu exécution, les autorités américaines refusant de lever le secret-défense.

Les juges d'instruction ont rendu une ordonnance de non-lieu dont les parties civiles ont interjeté appel. Pour confirmer l'ordonnance de non-lieu, la Chambre de l'instruction a relevé

que les personnes désignées par les avocats des parties civiles au cours de l'instruction sont effectivement susceptibles d'avoir participé, comme auteur ou complice, aux faits objet de l'information mais qu'elles bénéficient d'une immunité de juridiction qui empêche que l'information soit utilement poursuivie, une telle immunité *ratione materiae* concernant les actes qui, par leur nature ou leur finalité, relèvent de l'exercice de la souveraineté de l'Etat concerné. En effet, il a été établi que l'arrestation des intéressés, transférés à Guantanamo, puis le traitement qui leur a été réservé, ont été décidés et organisés par les autorités politiques des Etats-Unis d'Amérique, et au plus haut niveau de l'Etat par le Président Georges W. Bush et mise en œuvre par l'armée des Etats-Unis dans le cadre des opérations de lutte contre le terrorisme déclenchées à la suite des attentats du 11 septembre 2001, que ces actes relèvent de l'exercice de la souveraineté de l'Etat concerné et ne constituent pas des actes de simple gestion.

Dans son arrêt du 13 janvier 2021, la Chambre criminelle valide cette solution. Pour ce faire, elle affirme que les faits en cause, reprochés à un ancien président des Etats-Unis et à différents membres du gouvernement, fonctionnaires ou membres de l'armée américaine, ne peuvent être assimilés à de simples actes de gestion mais constituent des actes relevant de l'exercice de la souveraineté de l'Etat. Or, la coutume internationale s'oppose à ce que les agents d'un Etat, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, puissent faire l'objet de poursuites, pour des actes entrant dans cette catégorie, devant les juridictions pénales d'un État étranger. Il appartient à la communauté internationale de fixer les éventuelles limites de ce principe, lorsqu'il peut être confronté à d'autres valeurs reconnues par cette communauté, et notamment celle de la prohibition de la torture. En l'état du droit international, les crimes dénoncés, quelle qu'en soit la gravité, ne relèvent pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction. Par ailleurs, le droit d'accès à un tribunal, tel que garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, n'est pas absolu et ne s'oppose pas à une limitation à ce droit, découlant de

l'immunité des États étrangers et de leurs représentants, dès lors que cette limitation est consacrée par le droit international et ne va pas au-delà des règles généralement reconnues en matière d'immunité des États. En l'espèce, l'octroi de l'immunité, conformément au droit international, ne constitue pas une restriction disproportionnée au droit d'un particulier d'avoir accès à un tribunal.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 13 janvier 2021, n° 20-85.791 : rappel de l'appréciation souveraine des juges du fond quant aux faits retenus à la charge de la personne mise en examen

En l'espèce, une femme s'est présentée au commissariat pour avertir que son mari avait quitté le domicile afin de se rendre chez une autre femme, avec laquelle elle était associée dans l'exploitation d'une pharmacie et rencontrait des difficultés relationnelles et financières. Elle précisait qu'elle n'avait jamais vu son époux dans un tel état de fureur et qu'il avait consommé de l'alcool. Sur place, les policiers ont trouvé l'intéressé, assis au volant de son véhicule, qui les a menacés de dégoupiller une grenade et de la leur jeter. Après l'interpellation, les enquêteurs ont constaté la présence d'une arme de poing, approvisionnée de six cartouches létales. Mis en examen, notamment, du chef de tentative de meurtre, l'intéressé a déclaré qu'il aurait peut-être sorti son arme mais ne comptait pas l'utiliser. Au terme de l'information judiciaire, le magistrat instructeur a dit n'y avoir lieu à suivre du chef de tentative de meurtre. La partie civile et le ministère public ont formé appel de cette décision.

La Chambre de l'instruction a infirmé l'ordonnance du juge d'instruction et ordonné le renvoi de mis en examen devant la Cour d'assises du chef, notamment, de tentative d'assassinat. Elle a, notamment, relevé que l'intéressé avait déclaré, lors de sa garde à vue, être spécialement allé à son domicile pour prendre l'arme de poing

et qu'il avait de même expliqué s'être assuré que cette arme était chargée en munitions qu'il savait létales. Elle en a déduit que le mis en examen n'avait pas seulement l'intention de menacer, mais bien d'attenter à sa vie et ceci de façon irrévocable, compte tenu de la longueur de son attente devant le domicile.

Dans son arrêt du 13 janvier 2021, la Chambre criminelle valide cette décision. Pour ce faire, elle rappelle, en premier lieu, que les Chambres de l'instruction peuvent, en application de l'article 202, alinéa 2, du Code de procédure pénale, modifier et compléter les qualifications données aux faits par le ministère public ou le juge d'instruction sans ordonner une nouvelle information si les chefs de poursuite qu'elles retiennent ont été compris dans les faits pour lesquels la personne a été mise en examen par le juge d'instruction. Ainsi, en l'espèce, dès lors que les éléments matériels sur lesquels la Chambre de l'instruction s'appuie pour caractériser la circonstance aggravante de préméditation ont été discutés lors de l'information, celle-ci n'avait l'obligation ni d'ordonner un complément d'information ni de provoquer de nouvelles explications des parties. En second lieu, la Haute juridiction judiciaire rappelle, logiquement, que les juridictions d'instruction apprécient souverainement si les faits retenus à la charge de la personne mise en examen sont constitutifs d'une infraction, la Cour de cassation n'ayant d'autre pouvoir que de vérifier si, à supposer ces faits établis, la qualification justifie la saisine de la juridiction de jugement.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2020-872 QPC du 15 janvier 2021 : inconstitutionnalité de l'utilisation de la visioconférence sans accord des parties devant les juridictions pénales dans un contexte d'urgence sanitaire

En l'espèce, par arrêt du 13 octobre 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 5 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 méconnaît-il l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui garantit les droits de la défense, en ce qu'il prive, même passé un délai d'un an, la personne placée en détention provisoire de la possibilité de comparaître physiquement devant le juge appelé à statuer sur cette détention ?* » (Cass. crim., 13 octobre 2020, n° 20-84.360).

L'article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020 susmentionnée est relatif à la possibilité de recourir à la visioconférence sans accord des parties devant les juridictions pénales dans le contexte d'urgence sanitaire lié à la pandémie de covid-19. Le requérant reprochait à ces dispositions de permettre à la Chambre de l'instruction de statuer par visioconférence sur la prolongation d'une détention provisoire, sans faculté d'opposition de la personne détenue, ce qui aurait pour effet de priver cette dernière, pendant plus d'une année, de la possibilité de comparaître physiquement devant son juge. Il en résulterait une atteinte aux droits de la défense que les objectifs de bonne administration de la justice et de protection de la santé publique ne pourraient suffire à justifier.

Dans sa décision du 15 janvier 2021, le Conseil constitutionnel rappelle que l'article 706-71 du Code de procédure pénale, permet, dans certaines hypothèses et sous certaines conditions, de recourir à un moyen de télécommunication audiovisuelle au cours de la procédure pénale. Tel est notamment le cas, sous réserve de l'accord du procureur de la République et de l'ensemble des parties, pour la comparution du prévenu devant le tribunal correctionnel si celui-ci est détenu. Il en va de même lors du débat contradictoire préalable soit au placement en détention provisoire d'une personne détenue pour une autre cause soit à la prolongation de la détention provisoire, l'intéressée pouvant cependant s'y opposer, sauf si son transport paraît devoir être évité en raison de risques graves de trouble à l'ordre public ou d'évasion.

Il souligne, par ailleurs, que, par dérogation à cet article 706-71, les dispositions contestées, applicables pendant l'état d'urgence sanitaire déclaré par la loi du 23 mars 2020 et pendant un mois après la fin de celui-ci, permettent de recourir, sans l'accord des parties,

à un moyen de télécommunication audiovisuelle devant l'ensemble des juridictions pénales autres que criminelles. Ces dispositions visent à favoriser la continuité de l'activité des juridictions pénales malgré les mesures d'urgence sanitaire prises pour lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19. Elles poursuivent ainsi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et contribuent à la mise en œuvre du principe constitutionnel de continuité du fonctionnement de la justice.

Toutefois, selon le Conseil, en premier lieu, le champ d'application des dispositions contestées s'étend à toutes les juridictions pénales, à la seule exception des juridictions criminelles. Elles permettent donc d'imposer au justiciable le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle dans un grand nombre de cas. Il en va notamment ainsi de la comparution, devant le tribunal correctionnel ou la chambre des appels correctionnels, d'un prévenu ou de la comparution devant les juridictions spécialisées compétentes pour juger les mineurs en matière correctionnelle. Le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle peut également être imposé lors du débat contradictoire préalable au placement en détention provisoire d'une personne ou à la prolongation d'une détention provisoire, quelle que soit alors la durée pendant laquelle la personne a, le cas échéant, été privée de la possibilité de comparaître physiquement devant le juge appelé à statuer sur la détention provisoire. En second lieu, si le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle n'est qu'une faculté pour le juge, les dispositions contestées ne soumettent son exercice à aucune condition légale et ne l'encadrent par aucun critère.

Le Conseil constitutionnel en déduit que, eu égard à l'importance de la garantie qui peut s'attacher à la présentation physique de l'intéressé devant la juridiction pénale, et en l'état des conditions dans lesquelles s'exerce le recours à ces moyens de télécommunication, ces dispositions portent une atteinte aux droits de la défense que ne pouvait justifier le contexte sanitaire particulier résultant de l'épidémie de covid-19 durant leur période d'application. Elles doivent donc être déclarées contraires à la Constitution, en particulier à l'article 16 de la

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Sur les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil note que les dispositions litigieuses ne sont plus applicables. Dès lors, aucun motif ne justifie de reporter la prise d'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité. Par ailleurs, la remise en cause des mesures ayant été prises sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution méconnaîtrait les objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et aurait ainsi des conséquences manifestement excessives. Par suite, ces mesures ne peuvent être contestées sur le fondement de l'inconstitutionnalité relevée.

Il est à noter que, par arrêt du 12 avril 2021 (n° 447916), le Conseil d'Etat a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité similaire portant, cette fois, sur l'article 2 de l'ordonnance n° 2020-1401 du 18 novembre 2020, portant adaptation de règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière pénale, aux termes duquel « *Nonobstant toute disposition contraire, il peut être recouru à un moyen de télécommunication audiovisuelle devant l'ensemble des juridictions pénales et pour les présentations devant le procureur de la République ou devant le procureur général, sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'accord des parties* ».

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2020-873 QPC du 15 janvier 2021 : inconstitutionnalité de l'absence d'obligation légale d'aviser le tuteur ou le curateur d'un majeur protégé d'une perquisition menée à son domicile dans le cadre d'une enquête préliminaire

En l'espèce, par arrêt du 13 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 706-113 du*

code de procédure pénale sont-elles contraires au principe du respect des droits de la défense et d'une procédure pénale juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties, garanti par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, en ce qu'elles ne prévoient pas que le curateur ou le tuteur d'un majeur protégé soit averti d'une perquisition concernant ce dernier effectuée en phase d'enquête ? » (Cass. crim., 13 octobre 2020, n° 20-82.267). En outre, le Conseil constitutionnel a relevé d'office le grief tiré de ce qu'en ne prévoyant pas que le curateur ou le tuteur d'un majeur protégé soit averti d'une perquisition effectuée dans le cadre d'une enquête préliminaire, ces dispositions méconnaîtraient le principe d'inviolabilité du domicile.

Dans sa décision du 15 janvier 2021, le Conseil constitutionnel rappelle que les dispositions contestées, qui prévoient l'information du curateur ou du tuteur d'un majeur protégé lorsqu'il fait l'objet de poursuites pénales ou de certaines alternatives aux poursuites, ainsi que l'information du juge des tutelles, ne s'appliquent pas aux perquisitions réalisées dans le cadre d'une enquête préliminaire. Il rappelle également qu'en application de l'article 76 du Code de procédure pénale, une perquisition ne peut, en principe, être effectuée au domicile d'un majeur protégé, comme de toute autre personne, sans que son assentiment exprès ait été recueilli par les enquêteurs. Cet assentiment doit faire l'objet d'une déclaration écrite de la main de l'intéressé ou, si celui-ci ne sait écrire, il en est fait mention au procès-verbal ainsi que de son assentiment.

Or, ni les dispositions contestées, ni aucune autre disposition législative n'imposent aux autorités policières ou judiciaires de rechercher, au préalable, si la personne au domicile de laquelle la perquisition doit avoir lieu fait l'objet d'une mesure de protection juridique et d'informer alors son représentant de la mesure dont elle fait l'objet. Pourtant, selon le degré d'altération de ses facultés mentales ou corporelles, le majeur protégé, s'il n'est pas assisté par son représentant, peut être dans l'incapacité d'exercer avec discernement son droit de s'opposer à la réalisation d'une perquisition à son domicile. Dès lors, en ne prévoyant pas que l'officier de police judiciaire ou l'autorité judiciaire sous le contrôle de

laquelle est réalisée la perquisition soit, en principe, tenu d'avertir le représentant d'un majeur protégé lorsque les éléments recueillis au cours de l'enquête préliminaire font apparaître que la personne fait l'objet d'une mesure de protection juridique révélant qu'elle n'est pas en mesure d'exercer seule son droit de s'opposer à la réalisation de cette opération, le législateur a méconnu le principe d'inviolabilité du domicile.

Sur les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil explique que l'abrogation immédiate des dispositions contestées aurait, notamment, pour effet de supprimer l'obligation pour le procureur de la République et le juge d'instruction d'aviser le curateur ou le tuteur, ainsi que le juge des tutelles, en cas de poursuites pénales à l'encontre d'un majeur protégé. Elle entraînerait ainsi des conséquences manifestement excessives. Par suite, il y a lieu de reporter au 1^{er} octobre 2021 la date de l'abrogation des dispositions contestées.

Il est à noter que, dans un arrêt du 5 mars 2021, le Conseil d'Etat a rejoint la position adoptée par le Conseil constitutionnel en censurant les dispositions litigieuses sur le fondement de sa non-conformité aux engagements internationaux de la France, notamment à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CE, 5 mars 2021, n° 440037 et n° 440165). Toutefois, afin de déterminer si l'annulation rétroactive de ces dispositions serait de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison des effets qu'elles ont produits lorsqu'elles étaient en vigueur, le Conseil d'Etat a différé sa décision afin de recueillir, dans le délai d'un mois, les observations des requérants et de l'administration qui l'éclaireront sur la portée des annulations à prononcer.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2020-874/875/876/877 QPC du 21 janvier 2021 : droit au maintien des liens familiaux durant la détention provisoire

En l'espèce, par arrêt du 14 octobre 2020, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel de plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité rédigées, en substance, en ces termes : « *Les dispositions des articles 22 et 35 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire portent-elles atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution en ce qu'elles méconnaissent, d'une part, la compétence confiée au législateur par l'article 34 de la Constitution et, d'autre part, le droit de mener une vie familiale normale garanti par le préambule de la Constitution de 1946 ?* » (voir, notamment : Cass. crim., 14 octobre 2020, n° 20-84.077).

Le requérant reprochait à ces dispositions de ne pas tenir compte, pour la détermination du lieu d'incarcération d'une personne en détention provisoire pendant l'instruction de son affaire, du droit au maintien de ses liens familiaux. À cet égard, il faisait valoir que, lorsque le lieu de détention est trop éloigné du domicile familial, la personne incarcérée se trouve privée du bénéfice effectif du droit de visite par les membres de sa famille. Dès lors, ces dispositions méconnaîtraient le droit de mener une vie familiale normale et seraient entachées d'une incompétence négative affectant ce même droit.

Dans sa décision du 21 janvier 2021, le Conseil constitutionnel rappelle que, tant que se déroule l'instruction, ni les dispositions contestées, qui autorisent la personne détenue placée en détention provisoire à recevoir les visites des membres de sa famille au moins trois fois par semaine, ni aucune autre n'imposent de tenir compte du lieu du domicile de la personne ou des membres de sa famille pour déterminer le lieu d'exécution de cette détention.

Toutefois, en premier lieu, le lieu d'exécution de la détention provisoire est

déterminé afin d'assurer une proximité avec celui où siège la juridiction d'instruction devant laquelle la personne mise en examen est appelée à comparaître au cours de l'information judiciaire. Le choix de ce lieu est donc justifié par les besoins de l'instruction et, en particulier, par la nécessité de faciliter l'extraction de la personne placée en détention provisoire pour permettre au magistrat instructeur de procéder aux interrogatoires, confrontations, reconstitutions et autres mesures d'investigation impliquant la présence physique de cette personne.

En deuxième lieu, selon le premier alinéa de l'article 144-1 du Code de procédure pénale, la détention provisoire ne peut excéder une durée raisonnable, au regard de la gravité des faits reprochés à la personne mise en examen et de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité. En outre, la détention provisoire ne peut excéder les durées maximales fixées par les articles 145-1 et 145-2 du même Code, qui rendent compte de la gravité des faits poursuivis.

En troisième, et dernier lieu, au cours de l'instruction, plusieurs garanties contribuent à maintenir les liens des personnes détenues avec leur famille. Ainsi, les dispositions contestées leur permettent de bénéficier de visites des membres de leur famille au moins trois fois par semaine. Si l'effectivité de cette garantie peut varier en fonction de la distance séparant le lieu d'incarcération de la personne détenue et le lieu du domicile de sa famille, d'autres dispositions visent à permettre le maintien des liens familiaux. Il en va ainsi du droit à une visite trimestrielle dans une unité de vie familiale ou un parloir familial, dont la durée est fixée, en vertu de l'article 36 de la loi du 24 novembre 2009, « *en tenant compte de l'éloignement du visiteur* ». Il en va de même des droits reconnus à la personne détenue, par les articles 39 et 40 de la même loi, de téléphoner aux membres de sa famille et de correspondre par écrit avec toute personne.

Le Conseil en déduit qu'en déterminant le lieu d'incarcération d'une personne placée en détention provisoire, au cours d'une instruction, sans imposer la prise en compte du lieu du domicile de sa famille, le législateur n'a pas privé de garanties légales le droit de mener une vie familiale normale dont bénéficient les intéressés

dans les limites inhérentes à la détention provisoire.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 27 janvier 2021, n° 20-85.990 : le placement en détention provisoire fondé sur la violation du contrôle judiciaire n'impose, ni de motiver la décision au regard des critères traditionnels de recours à cette mesure de sûreté, ni de vérifier l'existence d'indices graves ou concordants

En l'espèce, un juge d'instruction avait saisi un juge des libertés et de la détention aux fins de révocation du contrôle judiciaire d'un mis en examen. À la suite du refus de ce magistrat, le procureur de la République a interjeté appel de la décision. La Chambre de l'instruction a infirmé l'ordonnance du juge des libertés et de la détention et ordonné la révocation du contrôle judiciaire et le placement en détention provisoire du mis en examen. Dans son arrêt du 27 janvier 2021, la Chambre criminelle valide cette décision.

En premier lieu, la Cour de cassation affirme que, dès lors qu'elle a caractérisé l'existence d'un manquement entrant dans les prévisions de l'article 141-2 du Code de procédure pénale, et souverainement estimé qu'il devait donner lieu à révocation du contrôle judiciaire, la décision de placement en détention provisoire prise pour sanctionner l'inexécution par la personne mise en examen des obligations du contrôle judiciaire n'a pas à être motivée par des considérations de droit et de fait répondant aux exigences de l'article 144 du même code, relatives au placement en détention provisoire.

En second lieu, la Haute juridiction judiciaire souligne qu'il résulte des articles 80-1 et 137 du Code de procédure pénale, que les mesures de sûreté ne peuvent être prononcées qu'à l'égard de la personne à l'encontre de laquelle il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont le juge

d'instruction est saisi. Elle ajoute qu'il se déduit de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales que la Chambre de l'instruction, à chacun des stades de la procédure, doit s'assurer, même d'office, que les conditions légales des mesures de sûreté sont réunies, en constatant expressément l'existence de tels indices. Ce contrôle, propre à la matière des mesures de sûreté, est sans incidence sur la validité de la mise en examen, laquelle ne peut être critiquée que dans le cadre des procédures engagées sur le fondement des articles 80-1-1 et 170 du Code de procédure pénale.

Pour autant, cette obligation de constater l'existence des indices graves ou concordants cesse, sauf contestation sur ce point, en cas de placement en détention provisoire sanctionnant des manquements volontaires aux obligations du contrôle judiciaire. En l'absence de contestation, un tel placement en détention provisoire ne doit être motivé qu'au regard des manquements de la personne à ses obligations. Or, en l'espèce, la Chambre de l'instruction, qui n'était pas saisie d'une contestation sur ce point, n'avait pas à s'assurer de l'existence de tels indices.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2020-878/879 QPC du 29 janvier 2021 : inconstitutionnalité des **prolongations de plein droit des détentions provisoires dans le contexte d'urgence sanitaire**

En l'espèce, par arrêt du 3 novembre 2020, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel deux questions prioritaires de constitutionnalité rédigées, en substance, en ces termes : « *Les dispositions de l'article 16 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020, telles qu'interprétées par la Cour de cassation, sont-elles contraires au droit à la sûreté, à l'interdiction des détentions arbitraires et à la liberté individuelle, garantis par les articles 66 de la Constitution et 2 de la Déclaration de 1789, en ce qu'elles prolongent de plein droit, sans*

intervention du juge, les effets des titres de détention provisoire ? » (voir, notamment : Cass. crim., 3 novembre 2020, n° 20-83.457).

Les requérants soutenaient que les dispositions contestées méconnaîtraient l'article 66 de la Constitution au motif qu'elles prolongent, sans intervention systématique d'un juge dans un bref délai, toutes les détentions provisoires venant à expiration pendant la période d'état d'urgence sanitaire alors qu'une telle mesure ne serait ni nécessaire ni proportionnée à l'objectif poursuivi de protection de la santé publique. Pour les mêmes motifs, il était soutenu que ces dispositions méconnaîtraient également les droits de la défense, le droit à un recours juridictionnel effectif et le droit à la sûreté.

Dans sa décision du 29 janvier 2021, le Conseil constitutionnel rappelle que, conformément aux dispositions de l'article 66 de la Constitution, la liberté individuelle, dont la protection est confiée à l'autorité judiciaire, ne saurait être entravée par une rigueur non nécessaire. Les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis. Elle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible.

En l'occurrence, les dispositions contestées prévoient la prolongation, de plein droit et pour des durées variables selon la peine encourue, des détentions provisoires, au cours et à l'issue de l'instruction. En vertu de l'article 15 de l'ordonnance du 25 mars 2020, ces dispositions devaient s'appliquer aux détentions provisoires en cours ou débutant entre le 26 mars 2020 et la fin de l'état d'urgence sanitaire. Toutefois, la loi du 11 mai 2020 mentionnée ci-dessus a inséré, au sein de l'ordonnance du 25 mars 2020, un article 16-1 qui a mis fin à l'application des dispositions contestées pour les détentions provisoires venant à expiration à compter du 11 mai 2020. Ainsi, les dispositions contestées se sont appliquées aux seules détentions provisoires dont les titres devaient expirer entre le 26 mars et le 11 mai 2020. L'article 16-1 a également prévu que les détentions prolongées pour une durée de six mois en application des dispositions de l'article 16 devaient, dans un délai de trois mois à compter de leur prolongation, être confirmées

par une décision du juge des libertés et de la détention.

Les Sages notent que ces dispositions visent à éviter que les difficultés de fonctionnement de la justice provoquées par les mesures d'urgence sanitaire prises pour lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19 conduisent à la libération de personnes placées en détention provisoire, avant que l'instruction puisse être achevée ou une audience de jugement organisée. Elles poursuivent ainsi l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infraction.

Toutefois selon le Conseil, d'une part, les dispositions contestées maintiennent en détention, de manière automatique, toutes les personnes dont la détention provisoire, précédemment décidée par le juge judiciaire, devait s'achever parce qu'elle avait atteint sa durée maximale ou que son éventuelle prolongation nécessitait une nouvelle décision du juge. D'autre part, ces détentions sont prolongées pour des durées de deux ou trois mois en matière correctionnelle et de six mois en matière criminelle. Enfin, si les dispositions contestées réservent, durant la période de maintien en détention qu'elles instaurent, la possibilité pour la juridiction compétente d'ordonner à tout moment, d'office, sur demande du ministère public ou sur demande de l'intéressé, la mise en liberté, elles ne prévoient, durant cette période, aucune intervention systématique du juge judiciaire. En outre, l'article 16-1 de l'ordonnance du 23 mars 2020 ne prévoit de soumettre au juge judiciaire, dans un délai de trois mois après leur prolongation en application des dispositions contestées, que les seules détentions provisoires qui ont été prolongées pour une durée de six mois.

Les dispositions contestées maintiennent donc de plein droit des personnes en détention provisoire sans que l'appréciation de la nécessité de ce maintien soit obligatoirement soumise, à bref délai, au contrôle du juge judiciaire. Or, l'objectif poursuivi par les dispositions contestées n'est pas de nature à justifier que l'appréciation de la nécessité du maintien en détention soit, durant de tels délais, soustraite au contrôle systématique du juge judiciaire. Au demeurant, l'intervention du juge judiciaire

pouvait, le cas échéant, faire l'objet d'aménagements procéduraux.

S'agissant des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil souligne que les dispositions déclarées contraires à la Constitution ne sont plus applicables. Dès lors, aucun motif ne justifie de reporter la prise d'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité. Pour autant, selon lui, la remise en cause des mesures ayant été prises sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution méconnaîtrait les objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et aurait ainsi des conséquences manifestement excessives. Par suite, ces mesures ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

CJUE, gde ch., 2 février 2020, *DB c/ Commissione Nazionale per le Società et la Borsa (Consob)*, aff. C-481/19 : nécessaire respect du droit au silence dans le cadre de l'enquête pour délit d'initié

En l'espèce, un individu avait été condamné par la Consob, autorité boursière italienne, à des sanctions pécuniaires pour une infraction administrative de délit d'initié. Il avait également été poursuivi et sanctionné pour une infraction administrative pour avoir, notamment, de répondre aux questions qui lui avaient été posées par les autorités publiques. Saisie sur pourvoi de l'intéressé, la Cour de cassation a adressé à la Cour constitutionnelle italienne une question incidente portant sur la Constitution italienne et relative aux dispositions sur le fondement desquelles une sanction pour défaut de coopération avait été prononcée. Avant de se prononcer sur la constitutionnalité de ces dispositions, la Cour constitutionnelle italienne a saisi la Cour de justice de l'Union européenne de la question de la comptabilité des textes en cause avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Dans son arrêt du 2 février 2020, la Cour de justice insiste sur l'importance conférée au droit au silence, en particulier dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Selon elle, ce droit s'oppose, notamment, à ce qu'une telle personne soit sanctionnée pour son refus de fournir à l'autorité compétente des réponses qui pourraient faire ressortir sa responsabilité pour une infraction passible de sanctions administratives à caractère pénal ou sa responsabilité pénale. En conséquence, selon la Cour de Luxembourg, les États membres étant tenus d'utiliser le pouvoir d'appréciation qu'un texte du droit dérivé de l'Union leur confère d'une manière conforme aux droits fondamentaux, les dispositions de ce droit dérivé qui imposent une obligation de coopération des personnes mises en cause doivent être lues conformément au droit au silence garanti par les articles 47 et 48 de la Charte, de sorte que l'autorité compétente ne puisse pas sanctionner une personne physique pour son refus de fournir à cette autorité des réponses dont pourrait ressortir sa responsabilité pour une infraction passible de sanctions administratives présentant un caractère pénal ou sa responsabilité pénale.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 9 février 2021, n° 20-86.339 : à chacun des stades de la procédure la Chambre de l'instruction doit s'assurer, notamment, de l'existence d'indices graves ou concordants rendant vraisemblable la participation de la personne mise en examen aux faits reprochés

En l'espèce, un mis en examen avait été placé en détention provisoire et avait interjeté appel de cette décision. La Chambre de l'instruction avait confirmé le recours à cette mesure de sûreté.

Dans son arrêt du 9 février 2021, la Chambre criminelle valide cette décision. Pour ce faire, elle rappelle qu'il résulte désormais de sa jurisprudence que la Chambre de l'instruction, à chacun des stades de la procédure, doit

s'assurer, même d'office, que les conditions légales de la détention provisoire sont réunies, et notamment de l'existence d'indices graves ou concordants rendant vraisemblable la participation de la personne mise en examen aux faits reprochés (voir, notamment : Cass. crim., 14 octobre 2020, n° 20-82.961 et 27 janvier 2021, n° 20-85.990).

Ce contrôle fait obligation aux juges de vérifier, au regard des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure au moment où ils statuent, que les pièces du dossier établissent, d'une part, l'existence d'agissements susceptibles de caractériser les infractions pour lesquelles la personne est mise en examen, selon la qualification notifiée à ce stade, et, d'autre part, la vraisemblance de leur imputabilité à celle-ci. Les juges, lorsqu'ils concluent souverainement à la vraisemblance de la participation de la personne à la commission d'une ou plusieurs infractions, ne sont tenus, en cas de contestation, que d'exposer les éléments du dossier par lesquels ils se déterminent. Or, en l'espèce, la Chambre de l'instruction a justement procédé de la sorte.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2020-884 QPC du 12 février 2021 : inconstitutionnalité de l'absence d'obligation légale d'aviser le tuteur ou le curateur d'une personne protégée en cas d'audience devant le juge de l'application des peines

En l'espèce, par arrêt du 18 novembre 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 712-6 du code de procédure pénale, en ce qu'il ne prévoit pas d'aviser le curateur ou le tuteur de la date d'audience devant le juge de l'application des peines, en ne permettant pas au curateur ou tuteur de prendre connaissance des pièces du dossier dans les mêmes conditions que le condamné, d'être entendu et d'avoir*

connaissance des décisions prises par le juge de l'application des peines, méconnaît-il les droits et libertés constitutionnellement garantis et plus particulièrement l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ? » (Cass. crim., 18 novembre 2020, n° 20-90.024).

Dans sa décision du 12 février 2021, le Conseil constitutionnel souligne que, devant le juge de l'application des peines, le condamné est amené à effectuer des choix qui engagent la défense de ses intérêts, qu'il s'agisse de celui de faire appel à un avocat, de renoncer au débat contradictoire ou de présenter des observations. Or, lorsque le condamné est un majeur protégé, ni les dispositions contestées, ni aucune autre disposition législative n'imposent au juge de l'application des peines d'informer son tuteur ou son curateur afin qu'il puisse l'assister en vue de l'audience. Pourtant, en l'absence d'une telle assistance, l'intéressé peut être dans l'incapacité d'exercer ses droits, faute de discernement suffisant ou de possibilité d'exprimer sa volonté en raison de l'altération de ses facultés mentales ou corporelles, et ainsi opérer des choix contraires à ses intérêts. Il en résulte, selon le Conseil, qu'en ne prévoyant pas en principe une telle information, les dispositions contestées méconnaissent les droits de la défense.

Sur les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil souligne que les dispositions déclarées contraires à la Constitution, dans leur rédaction contestée, ne sont plus en vigueur. En effet, depuis la loi n°2020-1672 du 24 décembre 2020, l'article 712-16-3 du Code de procédure pénale dispose désormais que, « *lorsque le condamné est une personne majeure faisant l'objet, conformément à l'article 706-112, d'une mesure de protection juridique, son curateur, son tuteur ou la personne désignée en application des articles 706-114 ou 706-117 est avisé de la date du débat contradictoire prévu à l'article 712-6 ou de l'audience prévue à l'article 712-13* ». Par ailleurs, selon le Conseil, la remise en cause des mesures ayant été prises sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution aurait des conséquences manifestement excessives. Par suite, ces mesures ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 17 février 2021, n° 20-81.282 : le détenteur de la marchandise importée, réputé responsable de la fraude, ne peut combattre cette présomption légale qu'en rapportant la preuve de sa bonne foi

En l'espèce, à l'occasion du contrôle d'un ensemble routier frigorifique, les agents des douanes ont découvert dans la remorque deux caisses en bois qui contenaient 870,02 kilogrammes de résine de cannabis. L'un des passagers du véhicule a été poursuivi, notamment, du chef d'importation en contrebande de marchandises prohibées. Les premiers juges l'ont condamné, solidairement avec d'autres, à une amende douanière et a ordonné la confiscation de l'ensemble routier ainsi que des marchandises qu'il transportait. Le prévenu et le ministère public ont relevé appel.

Pour relaxer le prévenu du chef de l'infraction douanière, la Cour d'appel a pris en compte le fait que le prévenu a maintenu avoir ignoré la présence de la résine de cannabis saisie et que sa mise hors de cause par son co-prévenu était confortée par la sincérité de ses premières déclarations sur les circonstances du voyage confirmées par l'enquête, son absence de contacts téléphoniques avec « le chef » en cours de route, sa mise à l'écart lors des discussions d'étapes et la chronologie des événements, les caisses en bois dissimulant la résine de cannabis ayant été chargées dans la remorque avant la date à laquelle il avait participé au reste du chargement.

Cette décision est cassée par la Chambre criminelle qui rappelle que, conformément aux dispositions de l'article 392 du Code des douanes, le détenteur de la marchandise est réputé responsable de la fraude. Il ne peut combattre cette présomption qu'en rapportant la preuve des diligences effectuées pour s'assurer de la nature de la marchandise transportée afin d'établir sa bonne foi. Or, en l'espèce, la Cour de cassation estime que les juges du fond ont statué par des motifs

inopérants tenant à l'absence d'intention délictueuse, sans relever que le prévenu eût établi sa bonne foi en rapportant la preuve des diligences effectuées pour s'assurer de la nature des marchandises transportées.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 24 février 2021, n° 20-86.537 : le droit au silence doit être notifié à la personne qui comparait devant la Chambre de l'instruction saisie du contentieux d'une mesure de sûreté

En l'espèce, un mis en examen placé en détention provisoire a présenté une demande de mise en liberté qui a été rejetée par une ordonnance du juge des libertés et de la détention. L'intéressé a alors relevé appel de cette décision qui a été confirmé par la Chambre de l'instruction.

Dans son arrêt du 24 février 2021, la Chambre criminelle affirme qu'il se déduit des articles 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et préliminaire du Code de procédure pénale qu'une juridiction prononçant un renvoi devant la juridiction de jugement ou une déclaration de culpabilité ne peut tenir compte, à l'encontre de la personne poursuivie, de déclarations sur les faits effectuées par celle-ci devant cette juridiction ou devant une juridiction différente sans que l'intéressé ait été informé, par la juridiction qui les a recueillies, de son droit de se taire, lorsqu'une telle information était nécessaire.

Elle rappelle avoir jusqu'à présent considéré que cette information n'avait pas à être donnée lors d'une audience au cours de laquelle est examinée la détention provisoire de la personne mise en examen, car son audition a pour objet, non d'apprécier la nature des indices pesant sur elle, mais d'examiner la nécessité d'un placement ou d'un maintien en détention (Cass. crim., 7 août 2019, n° 19-83.508). Néanmoins, elle juge désormais qu'il se déduit de l'article 5 de la Convention européenne

précitée que la Chambre de l'instruction, à chacun des stades de la procédure, doit s'assurer, même d'office, que les conditions légales des mesures de sûreté sont réunies, en constatant expressément l'existence d'indices graves ou concordants rendant vraisemblable la participation comme auteur ou complice de la personne mise en examen à la commission des infractions dont le juge d'instruction est saisi (voir, notamment : Cass. crim., 27 janvier 2021, n° 20-85.990).

Il s'ensuit que l'existence de tels indices est dans les débats devant la Chambre de l'instruction saisie du contentieux des mesures de sûreté. Dès lors, la personne concernée peut être amenée à faire des déclarations qui, si elles figurent au dossier de la procédure, sont susceptibles d'être prises en considération par les juridictions prononçant un renvoi devant la juridiction de jugement ou une déclaration de culpabilité. En conséquence, le droit de faire des déclarations, de répondre aux questions posées ou de se taire doit être porté à la connaissance de la personne qui comparait devant la Chambre de l'instruction saisie du contentieux d'une mesure de sûreté.

Pour autant, selon la Chambre criminelle, l'évolution de sa jurisprudence n'implique pas que la Chambre de l'instruction soit amenée à statuer sur le bien-fondé de la mise en examen, qui relève d'un contentieux distinct de celui des mesures de sûreté. Dans ces conditions, le défaut d'information du droit de se taire est sans incidence sur la régularité de la décision rendue en matière de mesure de sûreté. En revanche, à défaut d'une telle information, les déclarations de l'intéressé ne doivent pas pouvoir être utilisées à son encontre par les juridictions appelées à prononcer un renvoi devant la juridiction de jugement ou une déclaration de culpabilité. En l'espèce, il résulte des mentions de l'arrêt attaqué que la Chambre de l'instruction a entendu la personne mise en examen, qui avait demandé à comparaître devant elle, sans l'informer de son droit de faire des déclarations, de répondre aux questions posées ou de se taire. Toutefois, il ne peut en être tiré aucune conséquence sur la régularité de la décision qui a confirmé le rejet de la demande de mise en liberté.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

CJUE, gde ch., 2 mars 2021, *Prokuratuur*, aff. C-746/18 : l'accès à un ensemble de données de communications électroniques relatives au trafic ou à la localisation ne peut intervenir sur décision du ministère public et doit concerner la lutte contre la criminalité grave ou la prévention de menaces graves contre la sécurité publique

En l'espèce, une procédure pénale a été engagée en Estonie contre une personne suspectée des chefs de vol, d'utilisation de la carte bancaire d'un tiers et de violence. L'intéressé a été déclaré coupable des faits reprochés et condamné à une peine privative de liberté de deux ans. Les procès-verbaux sur lesquels s'appuie la constatation des infractions ont été établis, notamment, sur le fondement de données à caractère personnel générées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques. La Cour suprême estonienne, devant laquelle un pourvoi en cassation a été introduit par le mis en cause, a saisi la Cour de justice de l'Union européenne de questions préjudicielles relatives à l'accès, à des fins pénales, à un ensemble de données de communications électroniques relatives au trafic ou à la localisation permettant de tirer des conclusions précises sur la vie privée.

Dans son arrêt de grande chambre du 2 mars 2021, la Cour de Luxembourg affirme, en premier lieu, que l'accès aux données relatives au trafic et aux données de localisation conservées par les fournisseurs de services de communications électroniques peut, à des fins de prévention, de recherche, de détection et de poursuite d'infractions pénales, être accordé à des autorités publiques, en application d'une mesure prise au titre de la directive du 12 juillet 2002, dite « *vie privée et communications électroniques* ». Pour autant, la Cour rappelle que cette directive s'oppose à des mesures législatives imposant aux fournisseurs de services de communications électroniques, à titre préventif, une conservation généralisée et

indifférenciée des données relatives au trafic et des données de localisation (CJUE, gde ch., 6 octobre 2020, *La Quadrature du Net et autres*, aff. C-511/18, C-512/18 et C-520/18). En ce qui concerne l'objectif de prévention, de recherche, de détection et de poursuite d'infractions pénales, conformément au principe de proportionnalité, la Cour considère que seuls les objectifs de lutte contre la criminalité grave ou de prévention de menaces graves pour la sécurité publique sont de nature à justifier l'accès des autorités publiques à un ensemble de données relatives au trafic ou de données de localisation, susceptibles de permettre de tirer des conclusions précises sur la vie privée des personnes concernées, sans que d'autres facteurs tenant à la proportionnalité d'une demande d'accès, tels que la durée de la période pour laquelle l'accès est sollicité à de telles données, puissent avoir pour effet que l'objectif de prévention, de recherche, de détection et de poursuite d'infractions pénales en général soit susceptible de justifier un tel accès.

S'agissant de la compétence donnée au ministère public pour autoriser l'accès d'une autorité publique aux données relatives au trafic et aux données de localisation afin de diriger une instruction pénale, la Cour rappelle qu'il appartient au droit national de déterminer les conditions dans lesquelles les fournisseurs de services de communications électroniques doivent accorder aux autorités nationales compétentes l'accès aux données dont ils disposent. Toutefois, pour satisfaire à l'exigence de proportionnalité, une telle réglementation doit prévoir des règles claires et précises régissant la portée et l'application de la mesure en cause et imposant des exigences minimales, de sorte que les personnes dont les données à caractère personnel sont concernées disposent de garanties suffisantes permettant de protéger efficacement ces données contre les risques d'abus. Cette réglementation doit être légalement contraignante en droit interne et indiquer en quelles circonstances et sous quelles conditions matérielles et procédurales une mesure prévoyant le traitement de telles données peut être prise, garantissant ainsi que l'ingérence soit limitée au strict nécessaire.

Selon la Cour, aux fins de garantir, en pratique, le plein respect de ces conditions, il est essentiel que l'accès des autorités nationales

compétentes aux données conservées soit subordonné à un contrôle préalable effectué soit par une juridiction, soit par une entité administrative indépendante et que la décision de cette juridiction ou de cette entité intervienne à la suite d'une demande motivée de ces autorités présentée, notamment, dans le cadre de procédures de prévention, de détection ou de poursuites pénales. En cas d'urgence dûment justifiée, le contrôle doit intervenir dans de brefs délais.

À cet égard, la Cour précise que le contrôle préalable requiert, entre autres, que la juridiction ou l'entité chargée d'effectuer ce contrôle dispose de toutes les attributions et présente toutes les garanties nécessaires en vue d'assurer une conciliation des différents intérêts et droits en cause. S'agissant plus particulièrement d'une enquête pénale, un tel contrôle exige que cette juridiction ou cette entité soit en mesure d'assurer un juste équilibre entre, d'une part, les intérêts liés aux besoins de l'enquête dans le cadre de la lutte contre la criminalité et, d'autre part, les droits fondamentaux au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel des personnes dont les données sont concernées par l'accès. Lorsque ce contrôle est effectué non par une juridiction mais par une entité administrative indépendante, celle-ci doit jouir d'un statut lui permettant d'agir, lors de l'exercice de ses missions, de manière objective et impartiale et doit être, à cet effet, à l'abri de toute influence extérieure.

D'après la Cour, il en résulte que l'exigence d'indépendance à laquelle doit satisfaire l'autorité chargée d'exercer le contrôle préalable impose que cette autorité ait la qualité de tiers par rapport à celle qui demande l'accès aux données, de sorte que la première soit en mesure d'exercer ce contrôle de manière objective et impartiale à l'abri de toute influence extérieure. En particulier, dans le domaine pénal, l'exigence d'indépendance implique que l'autorité chargée de ce contrôle préalable, d'une part, ne soit pas impliquée dans la conduite de l'enquête pénale en cause et, d'autre part, ait une position de neutralité vis-à-vis des parties à la procédure pénale. Or, tel n'est pas le cas d'un ministère public qui, comme c'est le cas du ministère public estonien, dirige la procédure d'enquête et exerce, le cas échéant,

l'action publique. Il s'ensuit que le ministère public n'est pas en mesure d'effectuer le contrôle préalable susmentionné.

Cet arrêt est de nature à impacter considérablement la procédure pénale française puisque plusieurs actes d'investigation, consistant dans l'accès à un ensemble de données de communications électroniques relatives au trafic ou à la localisation de l'intéressé, peuvent être entrepris (réquisitions auprès d'opérateurs téléphoniques ou d'opérateurs internet, géolocalisations, etc.) sans considération d'un critère de « *criminalité grave* » et sous la direction du seul ministère public dans les enquêtes de police.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 2 mars 2021, n° 20-86.729 : la prolongation de la détention provisoire dans le cadre de l'audiencement devant la Cour d'assises d'appel n'a pas à être motivée au regard des critères traditionnels de recours à cette mesure de sûreté

En l'espèce, un individu, déclaré coupable par arrêt de la Cour d'assises des mineurs en date du 4 décembre 2019 et condamné à dix-huit ans de réclusion criminelle, a interjeté appel de cette décision. L'audiencement de cette affaire devant la Cour d'assises d'appel a été fixé du 2 mars au 16 avril 2021. Par requête en date du 30 octobre 2020, le procureur général a saisi le président de la Chambre de l'instruction pour que soit ordonnée, à titre exceptionnel, sur le fondement de l'article 380-3-1 du Code de procédure pénale, la prolongation de la détention provisoire de l'accusé pour une durée de six mois. Le président de la Chambre de l'instruction a, par ordonnance, fait droit à cette requête.

Dans son arrêt du 2 mars 2021, la Chambre criminelle a validé cette décision. Elle souligne que, pour ordonner la prolongation de la détention provisoire de l'accusé, à titre exceptionnel, l'ordonnance attaquée relève que sa durée, qui atteindra quatre années au mois de janvier 2021, n'est pas excessive au regard de la

gravité des faits, de la comparution en première instance de l'accusé qui a exercé son droit d'appel et enfin des circonstances sanitaires exceptionnelles qui, à la suite de la décision concertée des avocats de France de ne pas assister leurs clients en début d'année 2020, ont renforcé l'encombrement des rôles. Selon la Cour de cassation, en l'état de ces seuls motifs, explicitant les raisons justifiant la durée de la détention, le président de la Chambre de l'instruction a justifié sa décision.

En effet, en premier lieu, une personne condamnée en première instance et qui est détenue en attendant l'issue de la procédure d'appel ne saurait être considérée comme étant détenue en vue d'être conduite devant l'autorité judiciaire compétente du chef de raisons plausibles de la soupçonner d'avoir commis une infraction, au sens de l'article 5, § 1, c) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH, 4 juin 2015, *Ruslan Yakovenko c/ Ukraine*, n° 5425/11). En deuxième lieu, par la motivation précitée, l'ordonnance du président de la chambre de l'instruction, rendue en application de l'article 380-3-1 du Code de procédure pénale, a exposé, sans insuffisance ni contradiction, les raisons de fait et de droit faisant obstacle au jugement de l'affaire dans le délai légal. En troisième lieu, surtout, il résulte des termes mêmes de l'article 380-3-1 du Code de procédure pénale que le juge qui prononce, dans ce cadre, à titre exceptionnel, la prolongation de la détention provisoire d'un accusé n'a pas à motiver sa décision au regard des conditions fixées par les articles 137 et 144 du même Code.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 2 mars 2021, n° 20-84.004 : conditions de régularité du remplacement d'un juge d'instruction empêché

En l'espèce, dans le cadre d'une enquête de police, plusieurs personnes ont été identifiées comme étant impliquées dans l'acheminement

et la diffusion d'importantes quantités de produits stupéfiants dans le secteur de la Moselle-Est. Trois personnes mises en examen ont, par requêtes aux fins d'annulation d'actes de la procédure, contesté la régularité, d'une part, d'opérations de géolocalisation menées en dehors du territoire national, d'autre part, de la désignation des magistrats ayant, ponctuellement, remplacé l'unique juge d'instruction titulaire de la juridiction. La Chambre de l'instruction rejeta ces requêtes.

Dans son arrêt du 2 mars 2021, la Chambre criminelle affirme, en premier lieu, que les données issues d'une géolocalisation mise en œuvre sur le territoire national mentionnant des heures de franchissement aller-retour des frontières avec l'Allemagne, par un véhicule, observées depuis la France, ne constituent pas, en l'absence de toute indication sur son itinéraire dans ce pays, une localisation en temps réel sur son territoire. En outre, selon elle, la seule mention d'un déplacement en Espagne de l'intéressé, effectué visiblement en avion, ne constitue pas, en l'absence de toute indication sur son itinéraire dans ce pays, une localisation en temps réel sur son territoire.

Surtout, en second lieu, la Cour de cassation énonce qu'en l'espèce, l'assemblée générale des magistrats du tribunal de grande instance ne s'est pas contentée d'émettre un avis sur le remplacement du juge d'instruction titulaire par un ou plusieurs magistrats de la juridiction mais a procédé, par un vote, à leur désignation nominative sur le fondement d'un projet qui lui avait été soumis. Elle rappelle, par ailleurs, qu'aucune disposition légale n'interdit, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'anticiper la désignation d'un ou plusieurs magistrats afin de permettre, conformément aux dispositions de l'article 50, alinéa 4, du Code de procédure pénale, dans le seul cas d'empêchement du titulaire, son remplacement par un magistrat disponible dont la nomination présente, en raison de son processus de désignation par l'assemblée générale du tribunal de grande instance, toute garantie d'impartialité, sans que, par ailleurs, la désignation de plusieurs remplaçants potentiels puisse avoir pour effet de créer temporairement un second juge d'instruction.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 2 mars 2021, n° 20-85.491 : le gardé à vue, entendu sur des faits nouveaux dont il est suspecté, bénéficie du droit de s'entretenir confidentiellement avec un avocat avant toute audition sur ces nouveaux faits

En l'espèce, un suspect avait été placé en garde à vue le 23 juillet 2019 à 14h30. Lors de la notification de ses droits à 14h55, il a demandé à bénéficier de l'assistance d'un avocat et a pu exercer ses droits à ce titre. Le 24 juillet 2019 à 14h25, une prolongation de sa garde à vue lui a été notifiée. À sa demande, il a continué à bénéficier de l'assistance d'un avocat. Le même jour à 17h30, l'intéressé s'est vu notifier une extension de la garde à vue des chefs de diverses infractions pour d'autres faits. Lors de la notification de ses droits, il a encore demandé à bénéficier de l'assistance d'un avocat. Il a été entendu sur ces faits en présence de son avocat, mais n'a pas bénéficié d'un entretien préalable avec celui-ci. Mis en examen, l'intéressé a déposé une requête en nullité de l'audition effectuée sur les nouveaux faits prise de ce qu'il n'avait pas bénéficié d'un entretien préalable avec son avocat. La Chambre de l'instruction a fait droit à cette requête.

Dans son arrêt du 2 mars 2021, la Chambre criminelle affirme qu'il résulte, notamment, des articles 6, § 3, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 48, § 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 3, § 3, a) de la directive n° 2013/48/UE du Parlement et du Conseil du 22 octobre 2013 et préliminaire du Code de procédure pénale que, pour que soit garanti le droit effectif et concret à l'assistance d'un avocat au stade de l'enquête, toute personne entendue sur des faits qu'elle est soupçonnée d'avoir commis ou tenté de commettre a le droit, si elle a demandé à être assistée d'un avocat, de s'entretenir au préalable et confidentiellement avec celui-ci. Il s'ensuit que la personne gardée à vue, qui est entendue dans le cadre d'une procédure suivie du chef

d'une infraction autre que celle ayant justifié le placement en garde à vue et à l'encontre de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre cette infraction, bénéficie, après avoir été avertie de son droit d'être assistée d'un avocat et si elle a déclaré vouloir l'exercer, du droit de communiquer avec celui-ci dans des conditions qui garantissent la confidentialité de l'entretien, pour une durée ne pouvant excéder trente minutes, avant toute audition sur les nouveaux faits. La personne gardée à vue peut renoncer à ce droit, expressément ou tacitement, notamment lorsqu'elle accepte, en présence de son avocat, qu'il soit immédiatement procédé à son audition sans entretien préalable. L'avocat peut aussi estimer qu'il n'y a pas lieu à entretien préalable et y renoncer tacitement, notamment lorsqu'il ne demande pas à communiquer confidentiellement avec la personne gardée à vue avant son audition.

En conséquence, l'arrêt critiqué n'encourt pas la censure dès lors que le droit de la personne gardée à vue à un entretien confidentiel avec un avocat avant son audition dans le cadre d'une procédure suivie du chef d'une autre infraction, tel qu'énoncé ci-dessus, ne résultait pas de façon évidente de la lettre des articles 65, 63-3-1 et 63-4 du Code de procédure pénale, de sorte que le fait que, d'une part, l'avocat n'ait pas expressément demandé à s'entretenir confidentiellement avec son client, d'autre part, celui-ci, en présence de son avocat, ait accepté d'être entendu sur les nouveaux faits sans entretien préalable, ne peut être interprété comme une renonciation tacite par l'avocat à cette prérogative de sa fonction ou par du suspect au bénéfice de ce droit.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 3 mars 2021, n° 20-81.692 : le condamné terroriste à une période de sûreté peut bénéficier d'une libération conditionnelle sans évaluation de sa dangerosité lorsque

L'exécution de sa peine est suspendue pour raison médicale grave

En l'espèce, un condamné à plusieurs peines de réclusion criminelle assorties de périodes de sûreté a été admis au bénéfice d'une suspension de peine pour raison médicale. Il a, par la suite, été admis au régime de la libération conditionnelle. Le ministère public a relevé appel de cette décision au motif, notamment, que *l'article 729 du Code de procédure pénale est d'interprétation stricte et dispose seulement que la libération conditionnelle peut être prononcée sans condition de durée de peine accomplie lorsque le condamné bénéficie d'une mesure de suspension de peine pour raison médicale, mais à l'inverse ne prévoit pas que cette mesure d'aménagement de la peine puisse être prononcée en cas de période de sûreté. Cette argumentation fut écartée par les juges du second degré.*

Dans son arrêt du 3 mars 2021, la Chambre criminelle rejette le pourvoi formé par le parquet général. Pour ce faire, elle affirme, d'une part, que l'article 729, dernier alinéa, du Code de procédure pénale permet au condamné de bénéficier d'une libération conditionnelle lorsque l'exécution de sa peine est suspendue pour raison médicale grave, par application de l'article 720-1-1 du même Code, dont le dernier alinéa autorise le prononcé d'une telle suspension, même au cours de la période de sûreté. Elle énonce, d'autre part, que les personnes condamnées qui bénéficient de la suspension de peine pour raisons de santé prévue par l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale peuvent être placées en libération conditionnelle dans les conditions prévues par l'article 729, dernier alinéa, du même Code, sans que les dispositions de l'article 730-2-1 de ce Code concernant les condamnés terroristes, prévoyant une évaluation de leur dangerosité sous le régime de l'incarcération, reçoivent application. Cette décision est de nature à garantir l'effectivité du droit au respect de la dignité des condamnés.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 3 mars 2021, n° 20-82.399 : le caractère sexuel d'une caresse peut être déduit de la manière dont elle est effectuée et du contexte dans lequel les faits se sont déroulés

En l'espèce, un individu avait reconnu avoir consulté une bande dessinée érotique, dans une médiathèque, ce qui l'avait excité. Il était alors venu s'asseoir avec ce livre tout à côté d'une enfant et lui avait effleuré la main une à deux fois ainsi que la jambe, du mollet jusqu'au genou, tout en se masturbant, après avoir ouvert la braguette de son pantalon. Il a été trouvé porteur d'un couteau.

Le tribunal correctionnel l'a relaxé du chef d'agression sexuelle sur mineure de quinze ans, mais l'a déclaré coupable d'exhibition sexuelle. La Cour d'appel a infirmé cette décision et considéré comme établi le délit d'agression sexuelle en soulignant qu'il résulte des déclarations circonstanciées de deux témoins, non contestées par le prévenu et corroborées par celles de la fillette, que ce dernier, alors qu'il était assis à côté de l'enfant, a effectué à plusieurs reprises des caresses à même la peau sur sa main gauche et la jambe gauche de cette dernière, en partant du mollet jusqu'au genou et qu'à l'arrivée des agents de sécurité, son sexe, en semi-érection, était sorti de sa braguette. Or, « ces zones du corps, sans être spécifiquement sexuelles en elles-mêmes, ont été de nature à exciter le prévenu au niveau sexuel, alors que l'enfant n'avait ni la maturité ni le pouvoir de s'opposer de manière efficiente à ces attouchements de nature sexuelle ».

Dans son arrêt du 3 mars 2021, la Chambre criminelle valide cette solution en considérant que la Cour d'appel a pu considérer, par une appréciation souveraine, que les caresses avaient un caractère sexuel en raison de la manière dont elles ont été effectuées et du contexte dans lequel les faits se sont déroulés.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2020-886 QPC du 4 mars 2021 : inconstitutionnalité de l'absence de notification à la personne mise en cause du droit qu'elle a de se taire devant le juge des libertés et de la détention en cas de comparution immédiate

En l'espèce, par arrêt du 1^{er} décembre 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 396 du code de procédure pénale, en ce qu'elles ne prévoient pas que devant le juge des libertés et de la détention statuant sur le placement en détention d'une personne, que cette dernière doit être informée de son droit, au cours des débats, de se taire, alors que c'est l'ordonnance rendue par le juge des libertés et de la détention qui saisit le tribunal et qu'elle figure au dossier, méconnaît-il les droits et libertés constitutionnellement garantis, et plus particulièrement les articles 6, 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ?* » (Cass. crim., 1^{er} décembre 2020, n° 20-90.027).

Le requérant reprochait à ces dispositions de méconnaître le principe de la présomption d'innocence, dont découle le droit de se taire, ainsi que les droits de la défense, dans la mesure où elles ne prévoient pas que le juge des libertés et de la détention, saisi aux fins de placement en détention provisoire dans le cadre de la procédure de comparution immédiate, doit notifier au prévenu qui comparaît devant lui son droit de garder le silence. Or, selon lui, la notification de ce droit s'imposerait dès lors, d'une part, qu'il incombe à ce juge de s'assurer de l'existence des charges au regard desquelles le procureur de la République a saisi le tribunal correctionnel selon cette procédure et que, d'autre part, le prévenu traduit devant lui peut être amené à faire des déclarations auto-incriminantes, pour éviter un placement en détention provisoire. Elle se justifierait, en outre,

par le fait que ses déclarations peuvent être consignées dans le procès-verbal de comparution et ainsi être portées à la connaissance du tribunal chargé de se prononcer sur sa culpabilité.

Dans sa décision du 4 mars 2021, le Conseil constitutionnel rappelle que, si, en application des articles 395 et 396 du Code de procédure pénale, il appartient uniquement au juge des libertés et de la détention de se prononcer sur la justification d'un placement en détention provisoire, il ne peut décider une telle mesure privative de liberté, qui doit rester d'application exceptionnelle, que par une ordonnance motivée, énonçant les considérations de droit et de fait qui en constituent le fondement par référence à l'une des causes limitativement énumérées aux 1^o à 6^o de l'article 144 du même Code. Ainsi, l'office confié au juge des libertés et de la détention par l'article 396 du même code peut le conduire à porter une appréciation des faits retenus à titre de charges par le procureur de la République dans sa saisine.

Par ailleurs, lorsqu'il est invité par le juge des libertés et de la détention à présenter ses observations, le prévenu peut être amené à reconnaître les faits qui lui sont reprochés. En outre, le fait même que le juge des libertés et de la détention invite le prévenu à présenter ses observations peut être de nature à lui laisser croire qu'il ne dispose pas du droit de se taire. Or, si la décision du juge des libertés et de la détention est sans incidence sur l'étendue de la saisine du tribunal correctionnel, en particulier quant à la qualification des faits retenus, les observations du prévenu sont susceptibles d'être portées à la connaissance de ce tribunal lorsqu'elles sont consignées dans l'ordonnance du juge des libertés et de la détention ou le procès-verbal de comparution.

En conséquence, selon le Conseil, en ne prévoyant pas que le prévenu traduit devant le juge des libertés et de la détention doit être informé de son droit de se taire, les dispositions contestées portent atteinte à ce droit, tel qu'il résulte de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 relatif au droit à la présomption d'innocence.

Sur les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil constitutionnel estime, d'abord, que l'abrogation immédiate des dispositions contestées aurait pour effet de

supprimer la possibilité pour le prévenu de présenter des observations devant le juge des libertés et de la détention avant que ce dernier ne statue sur les réquisitions du procureur de la République aux fins de détention provisoire. Elle entraînerait ainsi des conséquences manifestement excessives. Par suite, il y a lieu de reporter au 31 décembre 2021 la date de l'abrogation des dispositions contestées. Ensuite, les Sages soulignent que la remise en cause des mesures ayant été prises sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution méconnaîtrait les objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et aurait ainsi des conséquences manifestement excessives. Dès lors, les mesures prises avant la publication de la présente décision ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité. En revanche, afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la présente décision, il y a lieu de juger que, jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi, le juge des libertés et de la détention doit informer le prévenu qui comparait devant lui en application de l'article 396 du Code de procédure pénale de son droit de se taire.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 9 mars 2021, n° 20-83.304 : la présence d'un tiers, autorisé par une autorité publique à capter, par le son ou l'image, fût-ce dans l'objectif d'informer le public, le déroulement des actes d'enquête, constitue une violation du secret de l'enquête qui porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée

En l'espèce, une équipe de la direction départementale de la protection des populations (DDPP) a procédé à un contrôle dans un restaurant qui a abouti à l'établissement d'un procès-verbal relevant quatre infractions. À l'issue de l'enquête préliminaire ordonnée par le procureur de la République, cette société n'a été

poursuivie que pour le délit de pratique commerciale trompeuse par suite de la mention, sur les cartes et menus, d'une origine inexacte de spécialités de la mer, d'une viande et d'un fromage. Le tribunal correctionnel l'a déclarée coupable de ces faits. La prévenue et le ministère public ont relevé appel de cette décision.

La Cour d'appel a rejeté les exceptions de nullité soulevées par la société exploitante du restaurant tirées d'une violation du secret de l'enquête en lien avec la présence d'une équipe de télévision équipée d'une caméra lors du contrôle effectué par les agents de la DDPP. Selon elle, s'il se déduit de l'article 11 du Code de procédure pénale que la présence d'une équipe de télévision aux côtés d'enquêteurs agissant en flagrance, en préliminaire ou sur commission rogatoire est de nature à vicier la procédure, tel n'est pas les cas des services de la DDPP qui procèdent non à des enquêtes mais à de simples contrôles qui n'aboutissent que rarement à des poursuites, mais plus souvent à de simples avertissements ou à des transactions, de sorte que si la discrétion est souhaitable, le contrôle fait en présence de caméra ne viole ni le secret de l'enquête ni aucune forme prescrite par la loi à peine de nullité. Par ailleurs, la Cour d'appel affirme que la société exploitante ne justifie d'aucun grief tiré de la forme des constatations puisque le procès-verbal du contrôle, mené exclusivement sur pièces et documents, ne s'appuie sur aucun élément testimonial qui aurait pu être dicté par l'émotion due à la présence d'une caméra.

Dans son arrêt du 9 mars 2021, la Chambre criminelle casse cette décision. Pour ce faire, elle rappelle qu'il résulte des articles 11 et 28 du Code de procédure pénale que les agents ou fonctionnaires, auxquels les lois spéciales attribuent des pouvoirs de police judiciaire, sont soumis au secret de l'enquête. La présence d'un tiers ayant obtenu d'une autorité publique l'autorisation de capter, par le son ou l'image, fût-ce dans l'objectif d'informer le public, le déroulement des actes d'enquête auxquels procèdent ces agents ou fonctionnaires, constitue une violation de ce secret. Une telle violation porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 10 mars 2021, n° 20-86.919 : le défaut de délivrance d'un permis de communiquer à un avocat désigné, avant un débat contradictoire tenu en vue d'un éventuel placement en détention provisoire, fait nécessairement grief à la personne mise en examen

En l'espèce, un mis en examen, présenté à un juge des libertés et de la détention en vue de son placement en détention provisoire, a sollicité un débat différé et, dans cette attente, a été placé sous mandat de dépôt à durée déterminée. Dès le lendemain, l'avocat choisi par le mis en examen, a demandé par télécopie au magistrat instructeur que lui soit délivré un permis de communiquer. Faute de réponse, il a réitéré sa demande le lendemain, 25 novembre 2020. Le 26 novembre 2020, le greffier du juge d'instruction lui a répondu par télécopie que le mis en examen n'était pas encore en détention provisoire, le débat sur le placement en détention provisoire n'ayant pas encore eu lieu, et n'a pas donné suite à sa demande de permis de communiquer. Le même jour, le débat contradictoire a eu lieu, en l'absence de l'avocat choisi. Le mis était cependant défendu, avec son accord, par l'avocat de permanence, avec lequel il s'était préalablement entretenu, et qui avait eu accès au dossier. À l'issue du débat, l'intéressé a été placé en détention provisoire.

L'appel interjeté à l'encontre de cette décision a été rejeté par la Chambre de l'instruction. Pour écarter le moyen de nullité de l'ordonnance de placement en détention provisoire, tiré de l'absence de délivrance du permis de communiquer à l'avocat choisi par le mis en examen, malgré deux demandes de celui-ci adressées au greffe du juge d'instruction la veille et l'avant-veille du débat contradictoire, les juges du fond ont, notamment, énoncé qu'en l'absence de toute réponse de l'avocat choisi aux sollicitations du juge des libertés et de la détention pour qu'il assiste son client lors du débat contradictoire, ce dernier a avisé l'avocat

de permanence, qui a accepté de défendre l'intéressé, a pris connaissance du dossier avant le débat, et s'est entretenu avec le mis en examen, qui lui-même ne s'y est pas opposé.

Dans son arrêt du 10 mars 2021, la Chambre criminelle casse cette décision. Elle affirme, au visa des articles 6, § 3, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et 115 du Code de procédure pénale, qu'« en vertu du principe de la libre communication entre la personne mise en examen et son avocat, résultant du premier de ces textes, la délivrance d'un permis de communiquer entre une personne détenue et son avocat est indispensable à l'exercice des droits de la défense. Il en découle que le défaut de délivrance de cette autorisation à un avocat désigné, avant un débat contradictoire tenu en vue d'un éventuel placement en détention provisoire, fait nécessairement grief à la personne mise en examen ».

Or, en l'espèce, les juges du fond ayant constaté qu'un refus injustifié de délivrance du permis de communiquer avait été opposé à l'avocat choisi, lequel n'a pas été en mesure d'assurer la défense du mis en examen lors de ce débat, le fait que ce dernier ait accepté d'être défendu par l'avocat de permanence lors du débat contradictoire ne permet pas d'écarter toute atteinte à ses droits. En outre, selon la Cour de cassation, le défaut de délivrance du permis de communiquer en temps utile met en cause la régularité du débat contradictoire et donc celle de l'ordonnance rendue et du titre de détention qui en résulte. La cassation intervient donc lieu sans renvoi et l'intéressé est remis en liberté s'il n'est détenu pour autre cause.

À l'inverse, dans un arrêt du 13 avril 2021, la Chambre criminelle a rappelé que la personne mise en examen, dont l'avocat ne s'est pas présenté au débat contradictoire différé devant le juge des libertés et de la détention, au motif qu'il n'avait pu contacter son client téléphoniquement, en raison d'une carence de l'administration pénitentiaire, ne saurait invoquer une violation des droits de la défense dès lors que le juge d'instruction a délivré en temps utile un permis de communiquer à cet avocat, propre à assurer un exercice effectif de ces droits, sauf pour ce dernier à établir l'existence de circonstances insurmontables

ayant fait obstacle à son déplacement au parloir de l'établissement pénitentiaire (Cass. crim., 13 avril 2021, n° 21-80.989).

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 16 mars 2021, n° 20-87.092 : ne pas confondre « l'existence de raisons plausibles de soupçonner que la personne a commis les infractions reprochées » et « l'existence d'indices graves ou concordants »

En l'espèce, un mis en examen a formé un pourvoi en cassation à l'encontre de l'arrêt d'une Chambre de l'instruction ayant ordonné son placement en détention provisoire, après infirmation de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention l'ayant placé sous contrôle judiciaire.

Dans son arrêt du 16 mars 2021, au visa des articles 80-1, 137 du Code de procédure pénale et 5, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, la Chambre criminelle casse cette décision. Elle rappelle qu'il résulte des deux premiers de ces textes que les mesures de sûreté ne peuvent être prononcées qu'à l'égard de la personne à l'encontre de laquelle il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont le juge d'instruction est saisi. Elle rappelle également qu'il se déduit du troisième texte que la Chambre de l'instruction, à chacun des stades de la procédure, doit s'assurer, même d'office, que les conditions légales des mesures de sûreté sont réunies, en constatant expressément l'existence de tels indices.

Or, en l'espèce, pour ordonner le placement en détention provisoire de l'intéressé et répondre au mémoire qui faisait valoir l'absence d'indices graves ou concordants de la participation de ce dernier à une partie des faits pour lesquels il est mis en examen, la Chambre de l'instruction a retenu qu'il résulte suffisamment des éléments précédemment exposés par elle dans son arrêt qu'il existe des

raisons rendant plausibles l'implication de ce dernier dans les infractions pour lesquelles il est actuellement mis en examen. Néanmoins, en se bornant à relever l'existence de raisons plausibles de l'implication de l'intéressé dans les faits pour lesquels il est mis en examen, sans s'assurer de l'existence d'indices graves ou concordants rendant vraisemblable sa participation à ces mêmes faits, la Chambre de l'instruction a méconnu les textes susvisés et les principes ci-dessus énoncés. En effet, « la constatation de l'existence de raisons plausibles de soupçonner que la personne a commis les infractions reprochées ne permet pas de déduire l'existence d'indices graves ou concordants de sa participation à ces mêmes faits, cette dernière exigence étant plus stricte que la première ».

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 16 mars 2021, n° 20-81.316 : la faute délibérée ne peut trouver fondement sur un texte imposant une obligation générale de prudence ou de sécurité

En l'espèce, la société Espace expansion, désignée comme maître d'ouvrage délégué, a conclu une mission de coordination en matière de sécurité et de protection de la santé avec le Bureau Veritas pour un chantier de restructuration d'un centre commercial. Quelques semaines plus tard, alors que deux salariés de la société Metal design procédaient sur un échafaudage à la démolition d'un mur, le salarié de la société chargée des travaux d'électricité, a été victime d'un accident du travail dû à l'effondrement de ce mur, qui lui a occasionné une incapacité totale de travail de six semaines. L'enquête diligentée a mis en évidence que, ni l'entrepreneur principal, ni les deux sociétés précitées sous-traitantes n'avaient reçu communication du plan général de coordination établi par le Bureau Veritas et n'avaient rédigé de plan particulier de sécurité et de protection de la santé. La société Espace expansion a été citée du chef de blessures involontaires ayant causé une incapacité de

travail inférieure à trois mois par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, en l'espèce, notamment, « *en ne s'assurant pas de la mise en place des mesures de prévention définies par le plan général de coordination pour la sécurité des travailleurs, ainsi que [de] leur application par les entreprises intervenantes sur le chantier* ».

Les juges du fond ont déclaré la société Espace expansion coupable dans les termes de la prévention. Pour ce faire, ils ont énoncé, notamment, qu'en ne vérifiant pas la transmission des règles de sécurité définies dans le plan général de coordination à l'ensemble des entreprises intervenantes, la société prévenue a violé une obligation légale particulière en matière de sécurité qui lui était imposée par les dispositions de l'article R. 238-18, 3°, b, du Code du travail, applicable à la date des faits, repris sous les articles R. 4532-11 et R. 4532-13 dudit Code. Ils ont également souligné que la société Espace expansion s'est désintéressée de la bonne exécution du contrat de coordination et qu'un de ses représentants, présent sur le chantier, a confié la vérification du respect des normes de sécurité aux agents de sécurité du centre commercial non rémunérés pour cette mission et non concernés par ce chantier. Ils en ont déduit qu'en ne s'assurant pas de la transmission du plan général de coordination qui fixait des obligations en matière de démolition, qui n'ont pas été mises en œuvre et qui auraient permis d'éviter l'accident, la société prévenue a violé, de manière manifestement délibérée, l'obligation particulière de sécurité définie à l'article R.238-18 du Code du travail.

Dans son arrêt du 16 mars 2021, la Chambre criminelle casse cette décision. Elle rappelle qu'il **résulte de l'article 222-20 du Code pénal** que le délit de blessures involontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail d'une durée inférieure ou égale à trois mois ne peut être caractérisé qu'en cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement. Or, si l'article R. 238-18, 3°, b), devenu l'article R. 4532-11, alinéa 2, du Code du travail, dispose que le coordonnateur exerce sa mission sous la responsabilité du maître d'ouvrage, il n'édicte pas d'obligation particulière de sécurité ou de prudence à la

charge de ce dernier, au sens de l'article 222-20 du Code pénal. De la sorte, la Cour de cassation rappelle que la faute délibérée ne saurait concerner une obligation générale de prudence ou de sécurité.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 16 mars 2021, n° 20-82.174 : l'interdiction de la *reformatio in pejus* s'apprécie au regard du quantum de la peine prononcée et non de ses modalités d'exécution

En l'espèce, la directrice de publication d'un journal a été déclarée coupable du chef de diffamation envers un particulier, en raison de plusieurs passages contenus dans un article imputant des faits d'escroquerie au jugement, et condamnée à une amende d'un montant de 3.000,00 euros. La Cour d'appel, saisie du seul appel de la prévenue et des parties civiles, après avoir confirmé la déclaration de culpabilité, a infirmé le jugement sur la peine, portant celle-ci à 4.000,00 euros d'amende avec sursis.

Dans son arrêt du 16 mars 2021, la Chambre criminelle casse cette décision et rappelle que, conformément aux dispositions de l'article 515, alinéa 2, du Code de procédure pénale, la Cour d'appel ne peut, sur le seul appel des parties civiles et du prévenu, aggraver la peine prononcée à l'encontre de ce dernier. Or, en l'espèce, en prononçant une amende d'un quantum supérieur à celui prononcé en première instance, « *alors que pour apprécier la gravité de la peine prononcée, seul est à prendre en considération le montant de l'amende indépendamment de ses modalités d'exécution, les juges du second degré ont méconnu le sens et la portée du texte susvisé et le principe ci-dessus rappelé* ».

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 17 mars 2021, n° 20-86.318 : en matière d'infractions sexuelles, la définition de la contrainte morale fait l'objet de dispositions interprétatives et sa caractérisation relève de l'appréciation souveraine des juges du fond

En l'espèce, le 31 août 2010, une mère et sa fille ont dénoncé des faits de viol commis sur cette dernière par plusieurs pompiers en novembre 2009. Au mois de mars 2011, une information judiciaire a été ouverte des chefs, notamment, de viols et agressions sexuelles sur mineure de 15 ans et sur personne vulnérable, et viols et agressions sexuelles en réunion sur mineure de 15 ans et sur personne vulnérable. Par une ordonnance du 19 juillet 2019, le magistrat instructeur a requalifié les faits de viols et agressions sexuelles sur mineure de 15 ans en réunion en atteinte sexuelle commise sans violence, contrainte, menace, ni surprise sur mineure de 15 ans, avec cette circonstance que les faits ont été commis par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteurs ou de complices. Il a, par ailleurs, ordonné un non-lieu pour tous les autres faits dont il était saisi. La Chambre de l'instruction a confirmé cette ordonnance de non-lieu partiel.

Dans son arrêt du 17 mars 2021, la Chambre criminelle rappelle qu'il résulte des articles 222-22 et 222-23 du Code pénal que les infractions d'agression sexuelle et de viol exigent que les faits aient été commis avec violence, contrainte, menace ou surprise, la contrainte pouvant être morale. Aux termes de l'article 222-22-1, alinéa 3, du même Code, issu de la loi n° 2018-703 du 3 août 2018, lorsque les faits ont été commis sur un mineur de 15 ans, la contrainte morale ou la surprise sont caractérisées par l'abus de la vulnérabilité de la victime ne disposant pas du discernement nécessaire pour ces actes. Il résulte des travaux préparatoires de la loi du 3 août 2018 que le législateur a entendu donner une valeur interprétative à cette disposition. Il ne saurait être déduit de l'emploi des mots « *sont*

caractérisés » une analyse contraire. En effet, ce texte ne modifie pas les éléments constitutifs de l'infraction ni n'instaure une présomption d'absence de consentement du mineur de 15 ans. Il a pour seul objet de désigner certaines circonstances de fait que le juge doit prendre en compte pour apprécier si, dans le cas d'espèce, les agissements ont été commis avec contrainte morale ou surprise. Ayant un caractère interprétatif, l'article 222-22-1, alinéa 3, du code pénal s'applique aux faits commis antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 3 août 2018.

La Haute juridiction judiciaire rappelle également qu'il appartient à la Chambre de l'instruction, saisie de l'appel d'une ordonnance du juge d'instruction clôturant une procédure d'information, d'apprécier souverainement si les charges résultant de la procédure sont suffisantes pour justifier le renvoi des personnes mises en cause devant la juridiction de jugement. Il revient à la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi contre un arrêt de la Chambre de l'instruction statuant sur l'appel d'une ordonnance du juge d'instruction réglant une procédure d'information, de vérifier si la Chambre de l'instruction, dans l'exercice de son appréciation souveraine des faits et des preuves, a statué sur l'existence et la suffisance des charges par des motifs suffisants, exempts de contradiction et répondant aux articulations essentielles des mémoires déposés devant elle. La Cour de cassation ne peut substituer son appréciation des faits et des preuves à celle de la Cour d'appel.

Dans cet objectif, la Chambre criminelle reprend longuement les motifs retenus par la Chambre de l'instruction et estime qu'elle a pu considérer, s'agissant des faits dénoncés alors que la jeune fille était âgée de 14 ans et en l'état des dispositions alors en vigueur, que cette dernière disposait du discernement nécessaire pour les actes dénoncés auxquels elle a consenti. En conséquence, elle rejette les moyens qui critiquent ces motifs.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP**Cass. crim., 23 mars 2021, n° 20-81.713 :
illustration de la notion d'auteur médiat
appliquée à l'infraction d'administration de
substance nuisible**

En l'espèce, un centre hospitalier a signalé la situation d'un mineur de 13 ans, hospitalisé la veille, pour un coma précédé de mouvements anormaux. L'enquête diligentée a permis de déterminer que cet état faisait suite à l'ingestion d'une infusion, à base d'une plante appelée Brugmensia. Une incapacité totale de travail de quinze jours a été évaluée par le médecin qui a procédé à l'examen. L'individu qui avait remis l'infusion à la victime a été condamné pour administration de substance nuisible sur mineur de 15 ans.

Dans son arrêt du 23 mars 2021, la Chambre criminelle valide cette condamnation.

S'agissant de l'élément matériel de l'infraction, elle relève que les juges du fond **ont retenu** que le prévenu a reconnu au cours de l'enquête avoir volontairement préparé une décoction, avec une fleur de Brugmensia dont il savait qu'elle était une drogue, et l'avoir donnée à la victime, laquelle a bu l'infusion en pensant qu'il s'agissait d'un thé « normal ». Selon la Cour de cassation, ces motifs caractérisent l'élément matériel de l'infraction par « *la remise à son destinataire de l'infusion contenant la plante toxique préparée par le prévenu, peu important que l'ingestion de celle-ci ne soit intervenue qu'ultérieurement et hors sa présence* ». Cette solution permet d'illustrer, à nouveau, la notion d'auteur médiat.

Quant à l'élément moral, la Chambre criminelle note que les juges du fond l'ont considéré comme établi **dès lors** que le prévenu avait déjà expérimenté les effets de cette substance dont il savait qu'elle était une drogue et en avait ressenti les effets durant 5 à 6 heures. Là aussi, ces motifs sont validés par la Cour de cassation qui rappelle que l'élément moral du délit prévu à l'article 222-15 du Code pénal résulte de « *la connaissance, par l'auteur, du*

caractère nuisible de la substance qu'il administre », peu important les mobiles donc.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP**Cass. crim., 24 mars 2021, n° 21-81.361 : le droit
au silence n'a pas à être notifié par la Chambre
de l'instruction qui statue sur l'exécution d'un
mandat d'arrêt européen**

En l'espèce, un mandat d'arrêt européen avait été délivré, à l'encontre d'un individu de nationalité slovaque, par une juridiction de la République Tchèque pour l'exécution d'une peine d'emprisonnement de dix-huit mois. L'intéressé a été placé sous contrôle judiciaire et a comparu devant une Chambre de l'instruction devant laquelle il a déclaré ne pas accepter sa remise aux autorités tchèques. Devant la Cour de cassation, l'intéressé critique l'arrêt de la Chambre de l'instruction en ce qu'il en résulte qu'il a été entendu sans que ne lui ait été donnée aucune information préalable sur ses droits, notamment son droit de se taire.

Dans son arrêt du 24 mars 2021, la Chambre criminelle affirme **que** l'audition devant la Chambre de l'instruction de la personne recherchée dans le cadre d'un mandat d'arrêt européenne « *ne vise qu'à constater son identité, à recevoir ses observations sur le déroulement de la procédure dont elle fait l'objet, et à lui permettre de consentir ou non à sa remise, et non à la soumettre à un interrogatoire sur les faits objet du mandat d'arrêt* ». Ainsi, « *l'absence de notification du droit de se taire par la Chambre de l'instruction qui statue sur l'exécution d'un mandat d'arrêt européen n'est pas contraire aux droits de la défense, et notamment au droit de la personne de ne pas contribuer à sa propre incrimination* ».

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP**Cass. crim., 24 mars 2021, n° 20-80.504 : rappel de la saisine *in rem* des juridictions répressives de jugement**

En l'espèce, accompagnés par leur petite-fille, qui s'était chargée des démarches en vue de l'achat d'un bien immobilier, des époux ont signé un compromis de vente sous seing privé pour l'acquisition d'une maison. Dans une lettre adressée au notaire, il est apparu que les époux avaient été substitués par leur petite-fille pour l'acquisition du bien. L'acte d'achat définitif de l'immeuble mentionnait, d'une part, que cette dernière était propriétaire et, d'autre part, que le prix de vente avait été payé au moyen d'un chèque de banque tiré sur le compte des époux. À l'issue d'une enquête préliminaire, la petite-fille a été citée devant le tribunal correctionnel pour avoir sciemment recelé une maison qu'elle savait provenir des délits de faux et usage de faux.

Le tribunal correctionnel a requalifié les faits en faux par altération frauduleuse de la vérité dans un écrit et usage de faux et condamné la prévenue de ces chefs. La Cour d'appel a infirmé ce jugement et renvoyé la prévenue des fins de la poursuite après avoir énoncé que la prévention concerne uniquement le recel d'une maison que la prévenue savait provenir des délits de faux et usage de faux. Or, outre le fait que la notion de recel de maison s'avère pour le moins hasardeuse, la prévenue ne saurait être poursuivie pour recel de ce qu'elle savait provenir d'un faux commis par elle. Surtout, si le délit de faux et usage pourrait se concevoir, il ne peut qu'être relevé que, sauf à dénaturer les faits de la prévention, une telle requalification s'avère, en l'espèce, juridiquement impossible.

Dans son arrêt du 24 mars 2021, la Chambre criminelle valide cette solution. Pour ce faire, elle rappelle que, d'une part, le juge ne doit envisager les faits sous toutes les qualifications possibles que pour les faits dont il est saisi, d'autre part, les faits pouvant être qualifiés de

recel sont nécessairement distincts de ceux pouvant être qualifiés de faux et usage et, enfin, le juge n'a pas l'obligation de demander au prévenu s'il accepte d'être jugé pour des faits non visés à la prévention susceptibles de lui être reprochés.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP**Cons. const., déc. n° 2021-892 QPC du 26 mars 2021 : inconstitutionnalité du cumul de procédures de sanctions relatives à l'obstruction aux enquêtes de l'autorité de la concurrence**

En l'espèce, par arrêt du 13 janvier 2021, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité rédigée en ces termes : « *Les dispositions de l'article L. 464-2, V, 2e alinéa, du code de commerce sont-elles conformes aux principes de légalité des délits et des peines, et aussi de proportionnalité et d'individualisation des délits et des peines, garantis notamment par les articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789, ainsi qu'aux principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789, en tant qu'elles permettent à l'Autorité de la concurrence, lorsque l'entreprise a fait obstruction à l'investigation ou à l'instruction, de prononcer une sanction pécuniaire pouvant aller jusqu'à 1 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre, sans définir précisément l'infraction d'obstruction fondant la sanction, ni les critères d'évaluation de cette sanction, ni les modalités de la procédure garantissant les droits de la défense* » (Cass. com., 13 janvier 2021, n° 20-16.849).

Le second alinéa du paragraphe V de l'article L. 464-2 du Code de commerce prévoit : « *lorsqu'une entreprise a fait obstruction à l'investigation ou à l'instruction, notamment en fournissant des renseignements incomplets ou*

inexact, ou en communiquant des pièces incomplètes ou dénaturées, l'Autorité peut, à la demande du rapporteur général, et après avoir entendu l'entreprise en cause et le commissaire du Gouvernement, décider de lui infliger une sanction pécuniaire. Le montant maximum de cette dernière ne peut excéder 1 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre ». Les requérantes dénonçaient, notamment, comme contraire au principe de nécessité des délits et des peines, le cumul possible entre cette amende administrative et l'infraction d'opposition à l'exercice des missions des agents de l'Autorité de la concurrence, prévue par l'article L. 450-8 du Code de commerce, ou celle de bris de scellés apposés par l'autorité publique, prévue par l'article 434-22 du Code pénal.

Dans sa décision du 26 mars 2021, le Conseil constitutionnel rappelle que le principe de nécessité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature différente en application de corps de règles distincts. Si l'éventualité que deux procédures soient engagées peut conduire à un cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues.

En l'espèce, en premier lieu, l'article L. 450-8 du Code de commerce punit de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 300.000,00 euros le fait pour quiconque de s'opposer, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des fonctions dont les agents de l'Autorité de la concurrence sont chargés. Ces dispositions permettent de sanctionner toute entrave intentionnelle aux mesures d'investigation ou d'instruction conduites par ces agents. Par conséquent, selon le Conseil, en ce qu'elles permettent de sanctionner des entraves au contrôle de l'Autorité de la concurrence, commises par des entreprises de manière intentionnelle, les dispositions de l'article L. 450-8 du Code de commerce et les dispositions contestées tendent à réprimer de mêmes faits

qualifiés de manière identique. En deuxième lieu, la sanction administrative instaurée par les dispositions contestées vise, comme le délit prévu à l'article L. 450-8 du Code de commerce, à assurer l'efficacité des enquêtes conduites par l'Autorité de la concurrence pour garantir le respect des règles de concurrence nécessaires à la sauvegarde de l'ordre public économique. Ces deux répressions protègent ainsi les mêmes intérêts sociaux. En dernier lieu, lorsqu'il s'applique à des entreprises, le délit prévu à l'article L. 450-8 du Code de commerce est, conformément aux règles énoncées par l'article 131-38 du Code pénal, puni d'une amende de 1.500.000,00 euros. La nature de cette sanction n'est pas différente de celle de l'amende prévue par les dispositions contestées, dont le montant ne peut excéder 1 % du montant du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise.

Selon le Conseil, il résulte de ce qui précède que la répression administrative prévue par les dispositions contestées et la répression pénale organisée par l'article L. 450-8 du Code de commerce relèvent de corps de règles identiques protégeant les mêmes intérêts sociaux aux fins de sanctions de même nature. Les dispositions contestées méconnaissent donc le principe de nécessité et de proportionnalité des peines. Elles doivent donc être déclarées contraires à la Constitution. Sur les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil a décidé, afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la présente décision, que, dans les procédures en cours fondées sur les dispositions contestées, la déclaration d'inconstitutionnalité peut être invoquée lorsque l'entreprise poursuivie a préalablement fait l'objet de poursuites sur le fondement de l'article L. 450-8 du Code de commerce.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2021-893 QPC du 26 mars 2021 : inconstitutionnalité de la présidence du tribunal pour enfants par un juge des enfants ayant instruit l'affaire

En l'espèce, par arrêt du 13 janvier 2021, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité rédigée en ces termes : « *Les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 251-3 du code de l'organisation judiciaire, portent-elles atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, spécialement aux articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et au principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs, en ne prévoyant pas que le juge des enfants qui a instruit l'affaire ne peut présider le tribunal pour enfants qui jugera celle-ci* » (Cass. crim., 13 janvier 2021, n° 20-90.029).

Le requérant soutenait, notamment, que l'interdiction faite au seul juge des enfants qui a renvoyé l'affaire de présider le tribunal pour enfants ne s'étend pas à celui qui l'a seulement instruite. Il en résulterait une méconnaissance du principe d'impartialité des juridictions garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 ainsi que du principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs.

Dans sa décision du 26 mars 2021, le Conseil constitutionnel rappelle qu'il résulte du principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs, notamment, la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées. L'ordonnance du 2 février 1945 a institué un juge des enfants, magistrat spécialisé, et un tribunal pour enfants présidé par un juge des enfants. En application de l'article 5 de cette ordonnance, en cas de délit ou de contravention

de la cinquième classe, le procureur de la République peut en saisir le juge des enfants qui, en vertu de l'article 8 de cette même ordonnance, effectue toutes diligences et investigations utiles pour parvenir à la manifestation de la vérité et à la connaissance de la personnalité du mineur ainsi que des moyens appropriés à sa rééducation. À cette fin, le juge des enfants procède soit par voie officieuse soit par les formes prévues pour les juridictions d'instruction par le code de procédure pénale. À l'issue de ses investigations, il peut soit déclarer qu'il n'y a pas lieu à poursuivre, soit prononcer des mesures d'assistance, de surveillance ou d'éducation, soit renvoyer pour jugement le mineur devant le tribunal pour enfants qui peut prononcer des peines.

Le Conseil note que les dispositions contestées font interdiction au juge des enfants qui a renvoyé l'affaire devant le tribunal pour enfants de présider ce tribunal. Cependant, elles ne font pas obstacle à ce qu'un juge des enfants qui aurait instruit l'affaire, sans ordonner lui-même le renvoi, préside ce tribunal. Le principe d'impartialité des juridictions ne s'oppose pas à ce que le juge des enfants qui a instruit la procédure puisse, à l'issue de cette instruction, prononcer des mesures d'assistance, de surveillance ou d'éducation. Toutefois, en permettant au juge des enfants qui a été chargé d'accomplir les diligences utiles à la manifestation de la vérité de présider une juridiction de jugement habilitée à prononcer des peines, les dispositions contestées méconnaissent le principe d'impartialité des juridictions. Par conséquent, elles doivent être déclarées contraires à la Constitution.

Sur les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, les Sages indiquent que l'abrogation immédiate des dispositions contestées aurait pour effet de supprimer l'interdiction faite au juge des enfants qui a renvoyé le mineur devant le tribunal des enfants de présider cette juridiction. Elle entraînerait ainsi des conséquences manifestement excessives. Par suite, il y a lieu de reporter au 31 décembre 2022 la date de cette abrogation. Par ailleurs, afin de préserver l'effet utile de la présente décision, ils décident que, jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2022, dans les instances où le mineur a fait l'objet d'une

ordonnance de renvoi postérieure à la présente décision, le juge des enfants qui a instruit l'affaire ne peut présider le tribunal pour enfants.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 30 mars 2021, n° 21-80.141 : la juridiction d'instruction doit statuer sur l'ensemble des faits dénoncés par la partie civile

En l'espèce, une femme de nationalité nigériane a porté plainte contre personne non dénommée et s'est constituée partie civile des chefs, notamment, de traite d'êtres humains, de soumission d'une personne à des conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité humaine et de rétribution inexistante ou insuffisante du travail d'une personne vulnérable ou dépendante. Dans le cadre de l'information judiciaire, deux personnes ont été mises en examen. Le procureur de la République a, par la suite, pris un réquisitoire définitif aux fins de non-lieu et le juge d'instruction a dit n'y avoir lieu à suivre contre quiconque. La partie civile a relevé appel de l'ordonnance du juge d'instruction.

La Chambre de l'instruction a confirmé l'ordonnance de règlement du juge d'instruction en ce qu'elle a dit n'y avoir lieu à suivre des chefs de traite des êtres humains et de rétribution inexistante ou insuffisante du travail d'une personne vulnérable ou dépendante au motif qu'aucun de ces faits n'a fait partie de la saisine du magistrat instructeur sans que cela puisse être considéré comme étant « *une omission de statuer* », ainsi que le soutient la partie civile, mais un simple exercice de l'opportunité des poursuites.

Dans son arrêt du 30 mars 2021, la Chambre criminelle censure cette solution. Elle rappelle que, conformément aux dispositions des articles 85, 86 et 206 du Code de procédure pénale, « la juridiction d'instruction régulièrement saisie d'une plainte avec constitution de partie civile a le devoir d'instruire, quelles que soient les réquisitions du ministère public. Cette obligation ne cesse,

suivant les dispositions de l'alinéa 4 de l'article 86, que si, pour des causes affectant l'action publique elle-même, les faits ne peuvent comporter légalement une poursuite ou si, à supposer les faits démontrés, ils ne peuvent admettre aucune qualification pénale ». Or, en se déterminant comme elle l'a fait, la Chambre de l'instruction a méconnu ces textes et ce principe.

En effet, d'une part, ni le procureur de la République, les dispositions des articles 40, alinéa 1^{er}, et 40-1 du Code de procédure pénale n'étant pas applicables lorsque ce magistrat requiert l'ouverture d'une information sur une plainte avec constitution de partie civile, ni le juge d'instruction ne peuvent apprécier en opportunité la suite à donner aux faits qui sont dénoncés par ladite plainte. D'autre part, les juges du second degré auraient dû annuler la décision entreprise en ce qu'elle s'est bornée à examiner les faits pour lesquels les personnes visées par la plainte ont été mises en examen, omettant ainsi de statuer sur l'ensemble des faits dénoncés par la partie civile, puis, conformément à l'article 206, alinéa 3, du Code de procédure pénale, soit évoquer et procéder dans les conditions prévues aux articles 201, 202 et 204 dudit Code, soit renvoyer le dossier de la procédure au même juge d'instruction ou à tel autre afin de poursuivre l'information sur les faits omis.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 30 mars 2021, n° 21-80.421 : mise en œuvre de la voie de recours prétorienne tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention

En l'espèce, sur le fondement d'une demande d'arrestation provisoire aux fins d'extradition émanant des États-Unis d'Amérique, un individu a été interpellé et placé sous écrou extraditionnel. L'intéressé a formé une demande de mise en liberté qui a été rejetée.

Le pourvoi reprochait, notamment, à l'arrêt attaqué d'avoir considéré que le requérant n'était pas soumis à des conditions indignes de détention, alors que la maison d'arrêt de Fresnes est connue pour sa surpopulation, le manque de surveillants et la présence de nuisibles, que dès son arrivée, l'intéressé, qui était légèrement vêtu comme arrivant de l'hémisphère sud où c'est l'été, a tenté de demander des vêtements chauds et qu'en raison de la barrière de la langue et de la mauvaise volonté du centre pénitentiaire, il n'a obtenu aucun vêtement adapté ni à ce moment, ni ultérieurement, en violation de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Dans son arrêt du 30 mars 2021, la Chambre criminelle rappelle qu'il résulte désormais de sa jurisprudence que le juge judiciaire a l'obligation de garantir à la personne placée dans des conditions indignes de détention un recours préventif et effectif permettant de mettre un terme à la violation de l'article 3 de la Convention européenne précitée, qu'il incombe à ce juge, en tant que gardien de la liberté individuelle, de veiller à ce que la détention provisoire soit, en toutes circonstances, mise en œuvre dans des conditions respectant la dignité des personnes et de s'assurer que cette privation de liberté est exempte de tout traitement inhumain et dégradant. Lorsque la description faite par le demandeur de ses conditions personnelles de détention est suffisamment crédible, précise et actuelle, de sorte qu'elle constitue un commencement de preuve de leur caractère indigne, la juridiction est tenue de faire procéder à des vérifications complémentaires afin d'en apprécier la réalité (voir, notamment : Cass. crim., 8 juillet 2020, n° 20-81.739). Ces principes, énoncés au bénéfice des personnes placées en détention provisoire, valent également pour les personnes placées sous le régime de l'écrou extraditionnel.

En l'occurrence, pour rejeter le moyen pris de conditions indignes de détention à la maison d'arrêt de Fresnes, la Chambre de l'instruction a énoncé que, pour recevoir une telle qualification, les conditions de détention doivent être de nature à créer chez la victime des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à l'humilier, à l'avilir et à briser éventuellement sa

résistance morale et physique (voir, notamment : CEDH, 19 avril 2001, *Peers c/ Grèce*, n° 28524/95) et que la personne intéressée doit donner une description de ses conditions personnelles de détention suffisamment crédible, précise et actuelle pour constituer un commencement de preuve. Les juges du fond ont également souligné que la difficulté que l'intéressé aurait éprouvée pour obtenir du linge chaud n'est étayée par aucun élément de preuve pour caractériser et expliciter cet incident et son issue, que le mémoire indique que l'administration pénitentiaire aurait donné son accord pour apporter du linge et qu'à supposer qu'il soit véridique, un tel incident ne caractériserait pas suffisamment par lui-même des conditions indignes de détention.

Pour la Chambre criminelle, cette argumentation est convaincante. Selon elle, d'une part, le requérant s'est limité à faire état des conditions générales de détention à la maison d'arrêt de Fresnes telles qu'elles ont pu être antérieurement observées en matière de surpopulation carcérale, de manque de surveillants et de présence de nuisibles, sans donner de précisions sur ses conditions personnelles et actuelles de détention à cet égard. D'autre part, si c'est à tort que la Chambre de l'instruction a écarté les allégations du demandeur sur le manque de vêtements chauds comme motif inopérant à caractériser des conditions inhumaines ou dégradantes de détention, l'arrêt n'encourt pas la censure dès lors que l'intéressé s'est limité à affirmer qu'effectuant un voyage entre le Brésil et la Russie, il était légèrement vêtu comme provenant de l'hémisphère sud où c'est l'été et qu'ainsi, il n'a pas donné de ses conditions personnelles de détention en la matière une description suffisamment précise et crédible de nature à constituer un commencement de preuve de leur caractère inhumain ou dégradant, justifiant des vérifications sur son degré de dénuement.

Il est à noter qu'entretemps, la loi n° 2021-403 du 8 avril 2021, tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention, a inséré dans le Code de procédure pénale un article 803-8 créant une nouvelle voie de recours, devant le juge des libertés et de la détention ou le juge de l'application des peines, afin de préserver ce droit.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP**Cass. crim., 30 mars 2021, n° 20-81.516 et 17-82.096 : la règle *electa una via* n'est pas applicable lorsque le demandeur à l'action civile devant le juge pénal saisit également le juge administratif**

En l'espèce, par arrêt du 18 décembre 2014, la Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion a déclaré le maire de la commune de Petite-Île, coupable du chef de harcèlement moral à l'égard de deux agents municipaux. Par jugement du 24 août 2016, le tribunal administratif de la Réunion a condamné la commune de Petite-Île à verser aux deux agents municipaux, au titre de la protection fonctionnelle, à chacun la somme de 10.000,00 euros en réparation du préjudice subi en conséquence du harcèlement moral commis par son maire. Par arrêt du 29 décembre 2016, saisie après cassation, la Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion a écarté l'exception d'irrecevabilité de l'action civile tirée de l'article 5 du Code de procédure pénale et renvoyé l'examen des demandes des parties civiles à une audience ultérieure.

Pour écarter la fin de non-recevoir tirée de l'article 5 du Code de procédure pénale, la Cour d'appel a énoncé que le tribunal administratif a, par jugement du 24 août 2016, condamné la commune de Petite-Île, sur le fondement de l'article L. 2123-34 du Code général des collectivités territoriales, à verser des sommes aux deux agents municipaux en réparation de leurs préjudices résultant des manquements volontaires et inexcusables à des obligations d'ordre professionnel et déontologique commis par son maire. Elle en a déduit que la juridiction répressive est compétente pour statuer sur l'action civile des deux agents municipaux dans la mesure où la procédure dont elle est saisie n'oppose pas les mêmes parties et où les demandes présentées au visa des articles 1382 (devenu 1240) du Code civil et 2 du Code de procédure pénale n'ont pas le même fondement.

Dans son arrêt du 30 mars 2021, la Chambre criminelle valide ce raisonnement. Selon elle, en premier lieu, l'exception d'irrecevabilité de l'action civile tirée de l'article 5 du Code de procédure pénale ne peut être utilement opposée devant le juge pénal lorsque celui-ci a été saisi le premier de l'action civile des parties civiles. En second lieu, cette exception suppose que les demandes aient été portées devant le juge civil et devant le juge pénal, ce qui exclut l'application du texte précité lorsque le demandeur à l'action civile devant le juge pénal saisit également le juge administratif.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP**Cass. crim., 30 mars 2021, n° 20-85.556 : l'autorisation du parquet de recourir à des réquisitions dans le cadre de l'enquête préliminaire n'est soumise à aucun formalisme**

En l'espèce, une information judiciaire a été ouverte, en matière de trafic de stupéfiants, à l'issue d'une enquête préliminaire au cours de laquelle diverses réquisitions avaient été adressées à la plate-forme nationale des interceptions judiciaires (PNIJ). À la suite de son interpellation, un mis en examen a fait l'objet d'un interrogatoire au fond, à la suite duquel il a présenté une requête en nullité.

Pour écarter le moyen pris de l'absence de preuve de l'autorisation donnée aux enquêteurs par le procureur de la République d'adresser des réquisitions à la PNIJ, en application de l'article 77-1-2 du Code de procédure pénale, la Chambre de l'instruction a relevé qu'en mentionnant dans le cadre « Magistrat » des formulaires de réquisition le nom d'un vice-procureur de la République, l'enquêteur a indiqué agir en conformité avec les prescriptions du Code de procédure pénale, c'est-à-dire avec l'autorisation préalable de ce magistrat, dont il doit être rappelé qu'elle n'est soumise à aucun formalisme. Elle a ajouté que cet accord résulte également des instructions de ce magistrat telles que rapportées dans le procès-verbal d'investigation, avant les pièces relatant les

premières investigations réalisées en exécution de ces instructions.

Dans son arrêt du 30 mars 2021, la Chambre criminelle valide ce raisonnement. En effet, selon elle, il était permis au procureur de la République d'autoriser de façon générale sur le fondement de l'article 39-3 du Code de procédure pénale, dans le cadre de l'enquête préliminaire qu'il avait ordonnée, les enquêteurs à procéder à des réquisitions auprès de la PNIJ. Par ailleurs, la mention du nom du magistrat figurant dans la réquisition informatique établie pour saisir la PNIJ, qui suit le visa des articles qui imposent son autorisation et serait sans objet si celle-ci n'avait pas été donnée préalablement, a la même valeur qu'une mention expresse en procédure par procès-verbal de l'enquêteur.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 30 mars 2021, n° 20-84.472 : constitution de partie civile et préservation du secret de l'information judiciaire

En l'espèce, à la suite de la révélation de l'existence d'un système de fausses factures au sein d'un groupe de sociétés, une enquête préliminaire a été ouverte. Les investigations diligentées dans ce cadre ont conduit à suspecter une fraude par surévaluation des actifs de plusieurs sociétés du groupe. Les enquêteurs se sont alors interrogés sur les contrôles réellement effectués au sein de ces sociétés par les commissaires aux comptes et ils ont estimé possible que ceux-ci aient eu connaissance des irrégularités. Le Haut conseil au commissariat aux comptes a, de son côté, transmis au procureur de la République un signalement mettant notamment en cause les cabinets PriceWaterhouseCoopers audit (PWC audit) et PriceWaterhouseCoopers entreprises (PWC entreprises) pour des faits de communication d'informations mensongères et de non-révélation de faits délictueux.

Une information judiciaire a été ouverte des chefs notamment de diffusion d'informations mensongères sur la situation

d'une personne morale par commissaire aux comptes, non-révélation au parquet de faits délictueux par commissaire aux comptes, abus de biens sociaux, banqueroute, escroquerie, faux et usage de faux, présentation ou publication de comptes annuels inexacts et entrave à l'exercice des fonctions de commissaire aux comptes. La société PWC audit et la société PWC entreprises se sont constituées partie civile devant le juge d'instruction des chefs de faux, d'usage de faux et d'obstacle aux vérifications ou contrôle des commissaires aux comptes. Le juge d'instruction a déclaré irrecevables ces constitutions de partie civile. Les intéressées ont interjeté appel de la décision, en vain.

Dans son arrêt du 30 mars 2021, la Chambre criminelle valide cette déclaration d'irrecevabilité.

En premier lieu, la Cour de cassation rappelle que, selon l'article 87 du Code de procédure pénale, en cas de contestation ou s'il déclare irrecevable la constitution de partie civile, le juge d'instruction statue après communication du dossier au ministère public, par ordonnance motivée. Il résulte, en outre, de la jurisprudence de la Cour de cassation que le juge d'instruction ne peut déclarer irrecevable une constitution de partie civile qu'après avoir au préalable transmis à l'intéressé les réquisitions du procureur de la République (Cass. crim., 26 janvier 2021, n° 20-84.472) et l'avoir mis en mesure de présenter ses observations (Cass. crim., 3 juin 2014, n° 14-90.014). Néanmoins, ces dispositions, telles qu'interprétées par la Cour de cassation, n'envisagent pas la transmission des pièces du dossier à la partie civile dont la constitution est contestée et ce afin de préserver le secret de l'instruction. Par ailleurs, les demandeurs ne sauraient se faire un grief de l'absence d'annulation par la Chambre de l'instruction de l'ordonnance d'irrecevabilité de leurs constitutions de partie civile, malgré le défaut de transmission préalable des réquisitions du procureur de la République et alors qu'ils n'ont pas été mis en mesure de présenter leurs observations au juge d'instruction, dès lors qu'il revenait aux seconds juges de statuer eux-mêmes sur la recevabilité des constitutions de partie civile en raison de l'effet dévolutif de l'appel.

En second lieu, la Chambre criminelle note que, pour refuser aux sociétés PWC entreprises et PWC audit d'accéder au dossier de la procédure devant la Chambre de l'instruction, à l'exclusion des pièces relatives à la décision attaquée, l'arrêt énonce que lorsque la constitution de partie civile est déclarée irrecevable par le magistrat instructeur, la personne qui entend se constituer partie civile n'a pas accès à la procédure, ceci notamment afin d'éviter une atteinte au secret de l'instruction et aux droits des parties régulièrement constituées ou reconnues par la loi. Selon la Haute juridiction judiciaire, cette solution ne méconnaît pas le droit à un procès équitable dès lors que le respect du principe du contradictoire a été assuré par la communication avant l'audience des réquisitions du procureur général aux appelants. Par ailleurs, le fait que l'irrecevabilité d'une constitution de partie civile soit motivée par la possible implication de l'intéressé dans les faits à raison desquels l'information a été ouverte ne saurait conduire à un raisonnement différent. En effet, dans cette hypothèse, la communication du dossier à l'avocat de l'intéressé est prévue par l'article 114 du Code de procédure pénale dans les conditions fixées par ce texte, lorsque le juge d'instruction envisage de procéder à son audition.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., avis du 30 mars 2021, n° 20-86.407 : régime de l'audition d'une personne gardée à vue pour des faits autres que ceux ayant motivé son placement sous ce régime

Par une demande d'avis, en date du 17 novembre 2020, la première Chambre civile a saisi la Chambre criminelle des questions suivantes :

« Dans le cas d'un procès-verbal intitulé « garde à vue supplétive », ne visant pas l'article 65 et indiquant que la personne gardée à vue est informée des nouveaux faits qu'elle est soupçonnée d'avoir commis et qu'il lui est notifié le bénéfice des droits prévus aux articles 63-1 et

63-4, tout en mentionnant que celle-ci prend acte uniquement de son droit au silence et de son droit d'être assistée d'un avocat :

Doit-il être considéré qu'il a été fait application par les services de police de l'article 65 ou qu'il s'agit d'une nouvelle garde à vue ?

Dans l'une ou l'autre hypothèse, le procureur de la République, avisé du placement en garde à vue initial, conformément à l'article 63, alinéa 2, doit-il recevoir un nouvel avis en application du même texte ?

Dans l'affirmative, l'absence d'un tel avis fait-elle nécessairement grief aux intérêts de la personne gardée à vue ?

Enfin, à supposer que la nullité soit encourue, quelle serait l'étendue de celle-ci ? ».

Dans son avis du 30 mars 2021, la Chambre criminelle estime, tout d'abord, que, dans le cas d'un procès-verbal intitulé « garde à vue supplétive », ne visant pas l'article 65 du Code de procédure pénale et indiquant que la personne gardée à vue est informée des nouveaux faits qu'elle est soupçonnée d'avoir commis et qu'il lui est notifié le bénéfice des droits prévus aux articles 63-1 et 63-4 dudit Code, tout en mentionnant que celle-ci prend acte uniquement de son droit au silence et de son droit d'être assistée d'un avocat, il doit être considéré, au regard des notifications réalisées qui se sont limitées à celles exigées par l'article 65 précité, qu'il a été fait application par les services de police dudit article.

Ensuite, sur les questions de fond, la Chambre criminelle juge que la notification à la personne gardée à vue d'une extension de la poursuite initiale, d'un autre chef, n'a pas pour effet de générer une garde à vue distincte de celle en cours au moment de cette notification. Dès lors, l'article 63, alinéa 2, du Code de procédure pénale qui ne prévoit l'information du procureur de la République que lors du placement en garde à vue d'un suspect, n'est pas applicable. Cependant, même si les faits sur lesquels est entendue la personne ne sont pas ceux ayant motivé la mesure de garde à vue, celle-ci n'en est pas moins, lors de son audition sur ces faits, l'objet d'une contrainte. Il appartient dès lors au procureur de la République, gardien de la liberté individuelle, sous le contrôle duquel s'exécute la mesure de garde à vue, en vertu de l'article 62-3 du Code de procédure pénale, de s'assurer que la personne

placée en garde à vue n'est pas entendue sur des faits pour lesquels elle ne pourrait légalement l'être qu'en audition libre.

À cet égard, en premier lieu, le procureur de la République doit s'assurer que les faits objet de cette audition sont incriminés pénalement et susceptibles d'être sanctionnés d'une peine d'emprisonnement. En second lieu, l'article 62 du Code de procédure pénale prohibe l'audition sous contrainte d'une personne à l'encontre de laquelle il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elle ait commis ou tenté de commettre une infraction. Toutefois, si les nécessités de l'enquête le justifient, elle peut néanmoins être entendue sous contrainte le temps strictement nécessaire à son audition, sans que cette durée ne puisse excéder quatre heures. Il s'ensuit que l'audition d'une personne gardée à vue pour des faits autres que ceux ayant motivé son placement sous ce régime suppose, soit qu'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a participé, en tant qu'auteur ou complice, à la commission de l'infraction, soit, si tel n'est pas le cas, que les nécessités de l'enquête l'exigent.

Par la suite, et afin de permettre un contrôle effectif de la mesure de garde à vue par le procureur de la République, l'officier de police judiciaire doit l'informer, dès le début de la mesure, tant des soupçons pesant sur l'intéressé que de la qualification susceptible d'être notifiée à celui-ci. L'absence d'un tel avis fait nécessairement grief aux intérêts de la personne gardée à vue et entraîne la nullité des procès-verbaux de son audition sur les nouveaux faits. Cette nullité entraîne l'annulation des actes subséquents qui trouvent dans celle-ci leur support nécessaire et exclusif.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2021-894 QPC du 9 avril 2021 : inconstitutionnalité de l'absence de notification du droit au silence au mineur entendu par le service de protection judiciaire

de la jeunesse à l'occasion d'une procédure judiciaire

En l'espèce, par arrêt du 13 janvier 2021, 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 12 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 sont-elles contraires au principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs et au principe des droits de la défense, en ce qu'elles ne prévoient pas que le mineur, objet d'une information judiciaire et entendu sur les faits par le service de la protection judiciaire de la jeunesse, soit préalablement informé de ces faits ainsi que de ses droits de garder le silence et d'être assisté d'un avocat, ni qu'il bénéficie de l'assistance effective de son avocat ?* » (Cass. crim., 13 janvier 2021, n° 20-84.861).

Le requérant soutenait que ces dispositions méconnaîtraient le principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs ainsi que les droits de la défense, dans la mesure où elles ne prévoient pas qu'un mineur soit informé de son droit à l'assistance d'un avocat et de son droit de se taire lorsqu'il est entendu par le service de la protection judiciaire de la jeunesse dans le cadre d'un recueil de renseignements socio-éducatifs. Or, selon lui, la notification de ces droits s'imposerait dès lors que le mineur peut être entendu sur les faits qui lui sont reprochés et que ses déclarations peuvent être consignées dans le rapport établi par la protection judiciaire de la jeunesse.

Dans sa décision du 9 avril 2021, le Conseil constitutionnel rappelle qu'en application de l'article 12 de l'ordonnance du 2 février 1945, le service de la protection judiciaire de la jeunesse établit, à la demande du procureur de la République, du juge des enfants ou de la juridiction d'instruction, un rapport contenant tous renseignements utiles sur la situation du mineur ainsi qu'une proposition éducative. Ce service est notamment consulté avant toute réquisition ou décision de placement en détention provisoire ou de prolongation de la détention provisoire du mineur ainsi qu'avant toute décision du juge des enfants ou du tribunal pour enfants dans certains cas où ils sont saisis aux fins de jugement.

L'agent compétent du service de la protection judiciaire de la jeunesse chargé de la réalisation de ce rapport a la faculté d'interroger le mineur sur les faits qui lui sont reprochés. Ce dernier peut ainsi être amené à reconnaître sa culpabilité dans le cadre du recueil de renseignements socio-éducatifs. Or, si le rapport établi à la suite de cet entretien a pour finalité principale d'éclairer le magistrat ou la juridiction compétent sur l'opportunité d'une réponse éducative, les déclarations du mineur recueillies dans ce cadre sont susceptibles d'être portées à la connaissance de la juridiction de jugement lorsqu'elles sont consignées dans le rapport joint à la procédure. Dès lors, selon le Conseil, en ne prévoyant pas que le mineur entendu par le service de la protection judiciaire de la jeunesse doit être informé de son droit de se taire, les dispositions contestées portent atteinte à ce droit. Par conséquent, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, elles doivent être déclarées contraires à la Constitution.

Sur les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil estime, d'une part, que l'abrogation immédiate des dispositions contestées aurait pour effet de supprimer la possibilité pour l'autorité judiciaire de faire procéder à un recueil de renseignements socio-éducatifs. Elle entraînerait ainsi des conséquences manifestement excessives. Par suite, il y a lieu de reporter au 30 septembre 2021 la date de l'abrogation des dispositions contestées. D'autre part, la remise en cause des mesures ayant été prises sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution méconnaîtrait les objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions ainsi que le principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs. Elle aurait ainsi des conséquences manifestement excessives. Par suite, les mesures prises avant la publication de la présente décision ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité. En revanche, afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la présente décision, il y a lieu de juger que, jusqu'à la date de l'abrogation des dispositions contestées, le service de la protection judiciaire de la jeunesse doit informer le mineur avec lequel il s'entretient en

application de l'article 12 de l'ordonnance du 2 février 1945 de son droit de se taire.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2021-895/901/902/903 QPC du 9 avril 2021 : inconstitutionnalité de l'absence de notification du droit au silence devant la Chambre de l'instruction à la personne mise en examen

En l'espèce, par arrêt du 12 janvier 2021, 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 199 du code de procédure pénale, en ce qu'elles ne prévoient pas que la personne qui comparait devant la chambre de l'instruction, saisie d'une requête en annulation de sa mise en examen, soit informée de son droit, au cours des débats, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire, sont-elles contraires au principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser et aux droits de la défense, garantis par les articles 9 et 16 de la Déclaration de 1789 ?* ».

Les requérants reprochaient à ces dispositions de méconnaître le principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser ainsi que les droits de la défense, dans la mesure où elles ne prévoient pas que la Chambre de l'instruction, saisie d'une requête en nullité contre une mise en examen, d'un appel à l'encontre d'une ordonnance de placement en détention provisoire ou du règlement d'un dossier d'information, doit notifier à la personne comparissant personnellement devant elle son droit de se taire. Or, selon les requérants, la notification de ce droit s'imposerait dès lors qu'il incombe à la Chambre de l'instruction, selon le recours dont elle est saisie, d'apprécier soit l'existence d'indices graves ou concordants à l'encontre de la personne inculpée, soit les faits retenus à sa charge. En outre, la personne comparissant devant elle peut être, en

l'absence de notification de ce droit, amenée à faire des déclarations contraires à ses intérêts.

Dans sa décision du 9 avril 2021, le Conseil constitutionnel rappelle que l'article 199 du Code de procédure pénale définit les règles de procédure applicables aux audiences tenues par la Chambre de l'instruction. Les dispositions contestées permettent, en particulier, à la Chambre de l'instruction d'ordonner la comparution personnelle des parties ou d'accepter la demande qu'elles forment de comparaître devant elle. En matière de détention provisoire, la comparution personnelle de la personne mise en examen est de droit.

Or, en premier lieu, d'une part, lorsque la Chambre de l'instruction est saisie d'une requête en nullité formée contre une décision de mise en examen ou d'un appel à l'encontre d'une ordonnance de placement en détention provisoire, il lui revient de s'assurer qu'il existe des indices graves et concordants rendant vraisemblable que les personnes mises en examen aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont elle est saisie. D'autre part, lorsqu'elle est saisie du règlement d'un dossier d'information, soit dans le cadre d'un appel formé contre une ordonnance de règlement, soit à la suite d'un renvoi après cassation, la Chambre de l'instruction doit apprécier si les charges pesant sur la personne mise en examen sont suffisantes pour justifier le renvoi du dossier devant une juridiction de jugement. Ainsi, l'office confié à la Chambre de l'instruction par les dispositions contestées la conduit à porter une appréciation sur les faits retenus à titre de charges contre la personne mise en examen. En second lieu, lorsque la personne mise en examen comparaît devant la Chambre de l'instruction, elle peut être amenée, en réponse aux questions qui lui sont posées, à reconnaître les faits qui lui sont reprochés. En outre, le fait même que cette comparution puisse être ordonnée par la Chambre de l'instruction peut être de nature à lui laisser croire qu'elle ne dispose pas du droit de se taire. Or, les déclarations ou les réponses apportées par la personne mise en examen aux questions de la Chambre de l'instruction sont susceptibles d'être portées à la connaissance de la juridiction de jugement. Dès lors, en ne prévoyant pas, pour les recours ci-dessus

mentionnés, que la personne mise en examen comparaisant devant la Chambre de l'instruction doit être informée de son droit de se taire, les dispositions contestées portent atteinte à ce droit.

Sur les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil souligne, d'une part, que l'abrogation immédiate des dispositions contestées aurait pour effet de supprimer la comparution des parties devant la chambre de l'instruction. Elle entraînerait ainsi des conséquences manifestement excessives. Par suite, il y a lieu de reporter au 31 décembre 2021 la date de l'abrogation des dispositions contestées. D'autre part, le Conseil estime que la remise en cause des mesures ayant été prises sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution méconnaîtrait les objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et aurait ainsi des conséquences manifestement excessives. Par suite, les mesures prises avant la publication de la présente décision ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité. En revanche, afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la présente décision, il y a lieu de juger que, jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi ou jusqu'à la date de l'abrogation des dispositions contestées, la Chambre de l'instruction doit informer la personne mise en examen qui comparaît devant elle de son droit de se taire.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2021-896 QPC du 9 avril 2021 : constitutionnalité de la coexistence des infractions d'outrage et d'injure publique

En l'espèce, par arrêt du 12 janvier 2021, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité rédigée en ces termes : « *La lecture combinée des articles 433-5 du code pénal et des articles 29, 30, 31 et 33 de*

la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est-elle contraire à la Constitution, au regard du principe d'égalité devant la loi consacré par les articles 1, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et au regard des droits de la défense consacrés comme principe fondamental reconnu par les lois de la République ? » (Cass. crim., 12 janvier 2021, n° 20-90.028).

Le requérant reprochait aux dispositions contestées, telles qu'interprétées par la Cour de cassation, d'opérer une confusion entre l'incrimination d'outrage et celle d'injure publique. Selon lui, parce qu'elles partageraient les mêmes éléments constitutifs et protégeraient les mêmes valeurs sociales, ces deux incriminations pourraient ainsi punir des faits identiques, ce qui permettrait aux autorités de poursuite de choisir discrétionnairement l'une ou l'autre de ces incriminations. Compte tenu des différences notables de régime juridique entre ces deux infractions, il en résulterait une violation du principe d'égalité devant la loi pénale, du droit à un recours juridictionnel effectif ainsi que des droits de la défense.

Dans sa décision du 9 avril 2021, le Conseil constitutionnel rappelle que l'article 433-5 du Code pénal sanctionne comme outrage le fait d'adresser à une personne chargée d'une mission de service public ou dépositaire de l'autorité publique, dans l'exercice de ses fonctions ou à l'occasion de celles-ci, des propos de nature à porter atteinte à la dignité de ses fonctions ou au respect qui leur est dû. Ce comportement outrageant peut être matérialisé par des paroles, des gestes, des menaces, des écrits, des images ou encore par l'envoi d'objets. L'outrage est puni, selon les cas, d'une peine maximale de six mois à deux ans d'emprisonnement et d'une amende maximale de 7.500,00 euros à 30.000,00 euros. Les articles 29 et 33 de la loi du 29 juillet 1881, quant à eux, punissent comme injure publique toute expression outrageante, termes de mépris ou invective proférée publiquement à l'encontre, notamment, des dépositaires ou des agents de l'autorité publique ou des personnes chargées d'un service ou d'un mandat public, à raison de leurs fonctions ou de leur qualité. Cette injure est punie d'une amende de 12.000,00 euros.

Il en ressort qu'un même propos proféré publiquement à l'encontre d'une personne

chargée d'une mission de service public ou dépositaire de l'autorité publique peut constituer un outrage ou une injure publique. Toutefois, il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de cassation que, à la différence de l'injure publique, l'outrage ne peut être constitué que s'il est directement adressé à la personne outragée ou, si elle est absente, qu'il est établi que l'auteur des propos a voulu qu'ils lui soient rapportés par une personne présente. Ce faisant, l'outrage porte à la dignité des fonctions exercées ou au respect qui leur est dû une atteinte différente de celle résultant d'une injure qui, bien que publique, n'est pas directement adressée au titulaire des fonctions ou destinée à lui être rapportée. Il en résulte que l'outrage et l'injure publique punissent des agissements de nature différente. Par conséquent, le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi pénale doit être écarté.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel estime que l'outrage à personne chargée d'une mission de service public ou dépositaire de l'autorité publique, qui porte atteinte à la dignité des fonctions ainsi exercées et au respect qui leur est dû, constitue un abus de la liberté d'expression qui porte atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers. En punissant cet abus, selon le cas, d'une peine maximale de six mois à deux ans d'emprisonnement et d'une amende maximale de 7.500,00 euros à 30.000,00 euros, le législateur n'a pas porté à la liberté d'expression une atteinte qui ne serait pas nécessaire, adaptée et proportionnée.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 13 avril 2021, n° 21-80.728 : règles de mise en œuvre du recours prétorien relatif à la dignité des conditions de détention

En l'espèce, un détenu provisoire a formé a saisi la Chambre de l'instruction d'une demande de mise en liberté et, par mémoire écrit, a fait état, notamment, de conditions indignes de détention. La Chambre de

l'instruction a déclaré cette demande recevable, sursis à statuer et ordonné des vérifications sur les conditions de détention de l'intéressé au centre pénitentiaire de Seysses. Les informations sollicitées ont été transmises à la Chambre de l'instruction qui a finalement rejeté la demande de remise en liberté.

Dans son arrêt du 13 avril 2021, la Chambre criminelle répond, en premier lieu, à l'argument du demandeur au pourvoi relatif à l'absence de notification du droit au silence devant la Chambre de l'instruction. Elle rappelle que, selon sa jurisprudence, l'absence d'information donnée à la personne qui comparait devant la chambre de l'instruction saisie du contentieux d'une mesure de sûreté de son droit de faire des déclarations, de répondre aux questions posées ou de se taire est sans incidence sur la régularité de la décision de la Chambre de l'instruction et a pour seule conséquence que les déclarations de l'intéressé ne pourront être utilisées à son encontre par les juridictions appelées à prononcer un renvoi devant la juridiction de jugement ou une déclaration de culpabilité (Cass. crim., 24 février 2021, n° 20-86.537). En conséquence, le moyen est considéré comme inopérant.

La Haute juridiction judiciaire répond, en deuxième lieu, à l'argument tiré de la méconnaissance de *l'article 148-2 du Code de procédure pénale aux termes duquel, dans le contexte procédural de l'espèce, la Chambre de l'instruction doit statuer dans un délai de vingt jours sur la demande de mise en liberté. Or, il est établi, dans notre affaire, que ce délai n'a pas été respecté.* Néanmoins, selon la Chambre criminelle, en répondant ainsi à la demande de mise en liberté au-delà du délai de vingt jours précité, après avoir ordonné, dans le délai susvisé, des vérifications, à la demande de la personne détenue, la Chambre de l'instruction n'a pas violé la loi. Il résulte, en effet, des articles 3 et 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme l'obligation, pour toute juridiction, de faire procéder aux vérifications sur les conditions de détention, dès lors que les allégations relatives à leur caractère indigne répondent aux exigences requises. Cette obligation, en l'absence de tout mécanisme mis en place par la loi dans le délai imparti par le Conseil constitutionnel (Cons. const., déc. n° 2020-858/859 QPC du 2 octobre 2020),

conduit à admettre que le délai prévu à l'article 148-2 précité puisse être dépassé, afin de satisfaire à l'effectivité du droit au recours ainsi exigé, la juridiction ayant alors l'obligation de statuer sur la demande de mise en liberté dans un délai raisonnable.

La Cour de cassation répond, en troisième lieu, à l'argument consistant à reprocher à la Chambre de l'instruction *qu'en estimant que les conditions de détention du requérant ne pouvaient être considérées comme indignes, elle n'avait pas tiré les conclusions qu'imposaient ses propres constatations, qui révélaient des conditions indignes au regard des standards européens.* À ce propos, la Chambre criminelle rappelle **qu'il** résulte de sa jurisprudence, que le juge judiciaire a l'obligation de garantir à la personne placée dans des conditions indignes de détention un recours préventif et effectif permettant de mettre un terme à la violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, et qu'il incombe à ce juge, en tant que gardien de la liberté individuelle, de veiller à ce que la détention provisoire soit, en toutes circonstances, mise en œuvre dans des conditions respectant la dignité des personnes et de s'assurer que cette privation de liberté est exempte de tout traitement inhumain et dégradant (Cass. crim., 8 juillet 2020, n° 20-81.739). Pour autant, en l'espèce, la Haute juridiction judiciaire estime que la Chambre de l'instruction, qui a appliqué les principes et normes définis par la Cour européenne des droits de l'Homme, en a exactement déduit que les conditions de détention de l'intéressé ne caractérisaient pas un traitement inhumain ou dégradant, les deux griefs tirés, d'une part, du caractère ponctuel et non contradictoire du relevé de température effectué dans la cellule et, d'autre part, de l'inondation que provoquerait la pluie en raison de la défectuosité du joint de fenêtre, inondation dont il n'est pas allégué qu'elle ait été signalée à l'administration, n'étant pas de nature à remettre en cause l'appréciation des conditions de détention de l'intéressé prise dans sa globalité.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 14 avril 2021, n° 21-80.829 : l'aménagement en totalité *ab initio* d'une peine d'emprisonnement ferme empêche le prononcé d'un maintien en détention

En l'espèce, un individu a été condamné, à l'issue d'une procédure de comparution immédiate, à une peine d'un an d'emprisonnement dont six mois avec sursis probatoire pendant deux ans. Le tribunal a ordonné l'aménagement de la peine ferme sous le régime de la détention à domicile sous surveillance électronique ainsi que le maintien en détention provisoire du condamné.

La Cour d'appel a ordonné la mise en liberté du prévenu en prenant en compte les dispositions de l'article 723-7-1 du Code de procédure pénale aux termes desquelles le juge de l'application des peines fixe les modalités d'exécution du placement sous surveillance électronique dans le délai de cinq jours ouvrables lorsque la juridiction de jugement a ordonné le placement ou le maintien en détention du condamné et déclaré sa décision exécutoire. Les juges du second degré en ont déduit que le tribunal ne peut ordonner un maintien en détention sans l'assortir de l'exécution provisoire. Ils en ont conclu que le tribunal ne pouvait à la fois aménager la peine et maintenir le condamné en détention.

Dans son arrêt du 14 avril 2021, la Chambre criminelle affirme que les juges ne pouvaient fonder leur décision sur l'article 723-7-1 du Code de procédure pénale dès lors qu'il ne régit pas le prononcé des peines ni les cas où le tribunal correctionnel peut ordonner le maintien en détention. Pour autant, la cassation n'est pas encourue. En effet, la Haute juridiction judiciaire rappelle qu'aux termes des articles 132-19 et 132-25 du Code pénal, lorsque la juridiction de jugement prononce, notamment, une peine inférieure ou égale à six mois d'emprisonnement, elle doit, sauf impossibilité résultant de la personnalité ou de la situation du condamné, ordonner que la peine sera exécutée

en totalité sous le régime de la détention à domicile sous surveillance électronique, de la semi-liberté ou du placement à l'extérieur. En conséquence, selon la Cour de cassation, « *dès lors que le tribunal correctionnel, même saisi selon la procédure de comparution immédiate, décide de l'aménagement en totalité de la peine d'emprisonnement sans sursis, les dispositions précitées ne lui permettent pas d'ordonner un maintien en détention* ».

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 14 avril 2021, n° 20-80.135 : le trouble mental ayant totalement aboli le discernement de la personne mise en cause au moment des faits constitue une cause d'irresponsabilité pénale, même si ledit trouble est en lien avec une consommation préalable de stupéfiants

En l'espèce, des fonctionnaires de police sont intervenus au domicile d'une famille à la suite d'un appel téléphonique avertissant que cette famille était victime d'une séquestration. Après avoir forcé la porte, les policiers ont interpellé un suspect dans la pièce principale, en train de réciter des versets du Coran. Dans le même temps, les policiers ont découvert le corps sans vie d'une femme. Les premiers éléments ont montré qu'elle était tombée du balcon d'un appartement situé dans l'immeuble contigu.

Une information judiciaire a été ouverte des chefs d'homicide volontaire et d'arrestation, enlèvement, détention ou séquestration avec absence de libération volontaire avant le septième jour. Le suspect retrouvé dans l'appartement a été mis en examen de ces chefs. Après la délivrance d'un réquisitoire supplétif, la circonstance que les faits ont été commis à raison de l'appartenance vraie ou supposée de la victime à une race ou une religion déterminée a été notifiée à l'intéressé.

Par ordonnance de transmission de pièces aux fins de saisine de la Chambre de l'instruction, les juges d'instruction, après avoir écarté la circonstance aggravante précitée, ont estimé

qu'il existait contre le mis en examen, d'une part, des charges suffisantes d'avoir commis les faits d'homicide volontaire et de séquestration qui lui étaient reprochés et, d'autre part, des raisons plausibles d'appliquer le premier alinéa de l'article 122-1 du Code pénal, relatif au trouble mental ayant totalement aboli le discernement.

Dans son arrêt du 14 avril 2021, la Chambre criminelle rejette, tout d'abord, le moyen critiquant l'arrêt de la Chambre de l'instruction ayant déclaré irrecevable l'appel formé par les parties civiles à l'encontre de l'ordonnance de transmission de pièces. Avec les juges du fond, elle affirme que cette ordonnance de transmission de pièces, prévue par l'article 706-120 du Code de procédure pénale, n'est ni définitive ni attributive de compétence puisque la Chambre de l'instruction peut, soit rendre un arrêt de non-lieu ou de renvoi devant le tribunal correctionnel ou la Cour d'assises, soit rendre un arrêt d'irresponsabilité pénale. Elle laisse ainsi intacts les droits de la partie civile et ne fait pas grief à ses intérêts.

Surtout, la Haute juridiction judiciaire rejette l'argumentation des parties civiles qui soulignaient, notamment, que les juges du fond avaient retenu que la « *bouffée délirante aiguë* », dont avait été l'objet le mis en examen au moment des faits, était due à une consommation régulière de cannabis. Or, selon elles, la consommation de stupéfiants, qui constitue un délit et une circonstance aggravante d'infractions, ne saurait constituer une cause d'exonération de la responsabilité pénale. Par ailleurs, les parties civiles mettaient en avant la supposée contradiction des juges du fond ayant affirmé que le mis en examen avait agi en « *conscience du judaïsme* » de la victime – pour retenir la circonstance aggravante de l'antisémitisme –, tout en concluant à l'abolition de son discernement au moment des faits.

Pour autant, la Chambre criminelle rejette ces pourvois, se référant à la souveraineté de l'appréciation des juges du fond. Elle ajoute que « les dispositions de l'article 122-1, alinéa 1er, du Code pénal [relatives à la cause d'irresponsabilité pénale tirée du trouble mental], ne distinguent pas selon l'origine du trouble psychique ayant conduit à l'abolition [du] discernement ». Sur ce dernier point, le communiqué de presse accompagnant le prononcé de cet arrêt précise :

- en cohérence avec la jurisprudence antérieure, mais pour la première fois de façon aussi explicite, la Cour de cassation explique que la loi sur l'irresponsabilité pénale ne distingue pas selon l'origine du trouble mental qui a fait perdre à l'auteur la conscience de ses actes ;
- or, selon ce communiqué de presse, le juge ne peut distinguer là où le législateur a choisi de ne pas distinguer ;
- ainsi la décision de la Chambre de l'instruction est conforme au droit en vigueur ;
- les pourvois formés par les parties civiles doivent donc être rejetés.

Cet arrêt, qui a suscité des vives critiques, ne remet pas en cause la règle selon laquelle la consommation de toxiques, préalable à la commission d'une infraction pénale, ne constitue pas une cause d'irresponsabilité pénale, mais plutôt, lorsque le législateur le prévoit, une circonstance aggravantes (voir, par exemple : Cass. crim., 13 février 2018, n° 17-86.952). Cette solution consiste à rappeler qu'à la suite de la démonstration de l'existence d'un trouble mental ayant totalement aboli le discernement de la personne mise en cause au moment des faits, il ne saurait il y avoir de responsabilité pénale, même en présence d'une consommation préalable d'alcool ou de stupéfiants. Ceci correspond à la philosophie du droit pénal moderne qui est, en effet, tout entière comprise dans une unique considération : seul celui qui a agi avec discernement et volonté peut être déclaré pénalement responsable.

Pour des éléments de réflexion sur cette solution, il est conseillé de prendre connaissance du podcast de l'ISP, librement consultable à l'adresse suivante :

<https://soundcloud.com/user-382831737/laffaire-sarah-halimi-apres-larret-de-la-cour-de-cassation>

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 14 avril 2021, n° 20-81.196 : l'obligation de dénoncer les agressions sexuelles sur mineur de quinze ans, infraction instantanée, n'est pas affectée par la prescription des faits en cause, mais disparaît si les victimes sont en état de dénoncer lesdits faits

En l'espèce, en 2014, un individu a écrit à l'archevêque de Lyon, en poste depuis 2002, pour dénoncer des faits d'agressions sexuelles dont il avait été victime, au cours de son enfance, avec d'autres jeunes gens, de la part d'un prêtre du diocèse. Plusieurs rencontres ont ensuite eu lieu entre les différents protagonistes le prêtre mis en cause a été déchargé de ses fonctions. En 2015, le même individu a déposé plainte contre l'ancien prêtre, pour agressions sexuelles sur mineurs de quinze ans par personne ayant autorité, devant le procureur de la République, lequel a ouvert une information judiciaire, début 2016. D'autres victimes ont été identifiées. Le mis en cause, qui a reconnu avoir procédé à des attouchements sexuels sur de nombreux enfants, jusqu'en 1991, a été renvoyé devant le tribunal correctionnel.

En 2016, deux victimes du prêtre mis en cause ont déposé, devant le juge d'instruction saisi du dossier, une plainte pour non-dénonciation d'agressions sexuelles sur des mineurs et omission de porter secours, afin que la responsabilité de certains des membres du diocèse de Lyon puisse être recherchée. Le juge d'instruction a communiqué la plainte au procureur de la République qui a décidé l'ouverture d'une enquête préliminaire. À l'issue de celle-ci, il a procédé à un classement sans suite. Plusieurs victimes ont, par la suite, en 2017, fait citer devant le tribunal correctionnel plusieurs personnes, dont l'archevêque de Lyon, du chef, notamment, de non-dénonciation d'agressions sexuelles sur mineurs, au cours des années 2002 à 2015. Par jugement du 7 mars 2019, le tribunal correctionnel a considéré, à l'égard de l'archevêque de Lyon, que l'infraction

de non-dénonciation d'agressions sexuelles n'était pas constituée pour la période antérieure à 2010, que l'action publique était éteinte par prescription, depuis 2013, pour la non-révélation d'une agression dont il avait eu connaissance en 2010, et l'a déclaré coupable des faits de non-dénonciation des agressions sexuelles qui lui avaient été révélées à partir de juillet 2014 et jusqu'au 5 juin 2015.

Dans son arrêt du 14 avril 2021, la Chambre criminelle rejette le pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel ayant prononcé une relaxe complète au profit de l'archevêque de Lyon. Pour ce faire, elle rappelle, en premier lieu, qu'il résulte de la procédure que l'archevêque de Lyon a été informé, en mars 2010, que le prêtre mis en cause avait commis des agressions sexuelles sur un mineur alors âgé de onze ans. Or, selon elle, le délit de non-dénonciation de mauvais traitement sur mineur, prévu et puni par l'article 434-3 du Code pénal, dans sa rédaction applicable en la cause, était un délit instantané dont la prescription courait à compter du jour où le prévenu avait eu connaissance des faits qu'il devait dénoncer. Par ailleurs, comme le notent les juges du fond, le délai de prescription de trois ans, alors applicable, n'a pas été interrompu avant l'ouverture, le 26 février 2016, par le procureur de la République, d'une enquête à la suite de la plainte en non-dénonciation. En outre, cette infraction n'avait aucun caractère clandestin, car la victime en avait connaissance et pouvait la dénoncer.

En second lieu, la Cour de cassation souligne que, pour prononcer la relaxe de l'archevêque de Lyon, en ce qui concerne la non-dénonciation, par celui-ci, aux autorités administratives et judiciaires, d'agressions sexuelles parvenues à sa connaissance en 2014 et en 2015, la Cour d'appel a affirmé que son obligation de les dénoncer avait disparu, d'une part, parce que la prescription de l'action publique était acquise quand il avait été informé de leur existence, d'autre part, parce que leurs victimes, alors âgées de trente-quatre à trente-six ans, insérées au plan familial, social et professionnel et ne souffrant pas d'une maladie ou d'une déficience les empêchant de porter plainte, étaient en mesure de faire connaître elles-mêmes ces faits aux autorités administratives et judiciaires. À ce propos, la

Haute juridiction judiciaire estime que les juges du fond ne pouvaient considérer que l'obligation de dénoncer ces agressions sexuelles commises sur des mineurs avait disparu en raison de la prescription de l'action publique. Pour autant, la cassation n'est pas encourue, dès lors que, par des motifs relevant de son appréciation souveraine, la Cour d'appel a estimé que les victimes étaient, au moment où les faits ont été portés à la connaissance du prévenu, en état de les dénoncer elles-mêmes et que ce seul motif est de nature à justifier la relaxe prononcée.

En effet, selon la Chambre criminelle, l'article 434-3 du Code pénal, qui est inséré dans une section du Code pénal intitulée « *Des entraves à la saisine de la justice* », loin de poser un principe général obligeant les particuliers à dénoncer tous les faits délictueux dont ils ont connaissance, ne rend la dénonciation obligatoire que lorsqu'elle est particulièrement nécessaire en raison de certaines circonstances de fait. Comme tout texte d'incrimination, cette disposition doit être interprétée de manière stricte. Or, l'incrimination en question a pour objectif de lever l'obstacle aux poursuites pouvant résulter de ce que l'âge ou la fragilité de la victime l'ont empêchée de dénoncer les faits. Il en résulte que, lorsque cet obstacle est levé, l'obligation de dénonciation ainsi prévue disparaît. Aussi, la condition, prévue par le texte en cause, tenant à la vulnérabilité de la victime, doit-elle être remplie, non seulement au moment où les faits ont été commis, mais encore lorsque la personne poursuivie pour leur non-dénonciation en a pris connaissance.

En revanche, tant que l'obstacle ainsi prévu par la loi demeure, l'obligation de dénoncer persiste, même s'il apparaît à celui qui prend connaissance des faits que ceux-ci ne pourraient plus être poursuivis, compte tenu de la prescription de l'action publique. En effet, d'une part, la condition que la prescription ne soit pas acquise ne figure pas à l'article 434-3 du Code pénal, d'autre part, les règles relatives à la prescription sont complexes et ne peuvent être laissées à l'appréciation d'une personne qui peut, en particulier, ignorer l'existence d'un acte de nature à l'interrompre.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 14 avril 2021, n° 20-81.177 : l'encadrement du recours à la libération conditionnelle relative aux condamnations égales ou supérieures à quinze ans de réclusion criminelle pour lesquelles le suivi socio-judiciaire est encouru est applicable aux condamnés âgés de plus de soixante-dix ans

En l'espèce, un individu, condamné à la peine de quinze ans de réclusion criminelle pour des faits de viols et d'agressions sexuelles aggravés, a formé une requête en libération conditionnelle. Après rejet de cette demande par le tribunal de l'application des peines, la Cour d'appel a admis l'intéressé au bénéfice de la libération conditionnelle, sans y adjoindre une mesure de sûreté.

Dans son arrêt du 14 avril 2021, la Chambre criminelle rappelle que, conformément aux dispositions de l'article 729 du Code de procédure pénale, sous réserve des dispositions particulières à la suspension de peine pour raison médicale, la libération conditionnelle des condamnés âgés de plus de soixante-dix ans peut être accordée quelle que soit la durée de la peine accomplie, si l'insertion ou la réinsertion du condamné est assurée, en particulier s'il fait l'objet d'une prise en charge adaptée à sa situation à sa sortie de l'établissement pénitentiaire ou s'il justifie d'un hébergement, sauf en cas de risque grave de renouvellement de l'infraction ou si sa libération conditionnelle est susceptible de causer un trouble grave à l'ordre public.

Elle ajoute qu'aux termes de l'article 730-2 du même Code, lorsque la personne a été condamnée à une peine égale ou supérieure à quinze ans de réclusion criminelle ou d'emprisonnement pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru, la libération conditionnelle ne peut être accordée, si elle n'est pas assortie d'un placement sous surveillance électronique mobile, qu'après l'exécution, à titre probatoire, d'une mesure de semi-liberté, de placement à l'extérieur ou de détention à

domicile sous surveillance électronique pendant une période d'un à trois ans.

Or, selon la Cour de cassation, les dispositions de ces textes s'appliquent de manière cumulative, en cas de libération conditionnelle d'une personne âgée de plus de soixante-dix ans, condamnée pour l'une des infractions prévues par l'article 730-2 précité. En conséquence, par sa décision ayant consisté à accorder au condamné, âgé de soixante-et-onze ans, qui exécute une peine de quinze ans de réclusion criminelle, prononcée en répression d'une infraction passible du suivi socio-judiciaire, une libération conditionnelle, sans l'assortir d'un placement sous surveillance électronique mobile, et sans qu'elle ait été précédée, à titre probatoire, d'une mesure de semi-liberté, de placement à l'extérieur ou de détention à domicile, la Chambre de l'application des peines a méconnu les textes susvisés.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 14 avril 2021, n° 20-82.529 : le retrait du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de l'Union européenne ne constitue pas une loi nouvelle plus douce au regard de la récidive

En l'espèce, un individu a été condamné à dix ans d'emprisonnement des chefs d'importation et détention de stupéfiants, participation à une association de malfaiteurs, importation en contrebande et détention de marchandises dangereuses pour la santé publique, faits commis courant 2018, en état de récidive légale.

Pour retenir l'état de récidive, dans leur arrêt du 3 mars 2020, les juges du fond ont relevé qu'il ressort du casier judiciaire britannique du prévenu qu'il a été condamné, en 2004, par un tribunal pour enfants pour des faits de possession de stupéfiants et de possession de substances contrôlées avec l'intention d'approvisionner, respectivement, à une peine de quatre mois et de douze mois d'emprisonnement, et qu'il a également été

condamné par un autre tribunal, en 2011, à une peine de huit ans d'emprisonnement pour fourniture de substances contrôlées. Ils ont ajouté qu'en application des dispositions de l'article 132-23-1 du Code pénal, les condamnations pénales prononcées par les juridictions des Etats membres de l'Union Européenne sont prises en compte dans les mêmes conditions que les condamnations prononcées par les juridictions pénales françaises et produisent les mêmes effets.

Dans son arrêt du 14 avril 2021, la Chambre criminelle affirme, en premier lieu, qu'il résulte de l'article 127.6 de l'accord sur le retrait du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de l'Union européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique que, sauf disposition contraire, pendant la période de transition, toute référence aux États membres dans le droit de l'Union applicable en vertu du paragraphe 1, y compris dans sa mise en œuvre et son application par les États membres, s'entend comme incluant le Royaume-Uni. Ainsi, pour l'application de cet article, l'Union européenne incluait le Royaume-Uni au moment où la Cour d'appel a rendu sa décision.

En second lieu, la Cour de cassation explique que l'accord de retrait précité ne constitue pas une loi pénale nouvelle justifiant l'application de l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux, selon lequel lorsque la loi prévoit une peine plus légère, celle-ci doit être appliquée. Dès lors, constitue une condamnation prononcée par la juridiction pénale d'un Etat membre de l'Union européenne, et est prise en compte dans les mêmes conditions que les condamnations prononcées par les juridictions pénales françaises, en produisant les mêmes effets juridiques que ces condamnations, au sens de l'article 132-23-1 du Code pénal, celle prononcée par un pays qui faisait partie de l'Union européenne lors de ce prononcé, y compris lorsque ce pays a quitté cette Union depuis.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2021-898 QPC du 16 avril 2021 : inconstitutionnalité de l'absence de recours juridictionnel permettant de mettre un terme à une détention contraire au principe de dignité

En l'espèce, par décision du 27 janvier 2021, le Conseil d'État a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité aux termes de laquelle la requérante affirmait que, faute d'imposer au juge de faire cesser les conditions de détention contraires à la dignité de la personne humaine auxquelles seraient exposées des personnes condamnées, le législateur aurait méconnu l'étendue de sa compétence dans une mesure affectant le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, celui de prohibition des traitements inhumains et dégradants ainsi que le droit à un recours juridictionnel effectif. Elle dénonçait également, pour les mêmes motifs, la méconnaissance directe, par les dispositions renvoyées, des mêmes exigences constitutionnelles (CE, 27 janvier 2021, n° 445.873).

Dans sa décision du 16 avril 2021, le Conseil constitutionnel rappelle qu'il se déduit du préambule de la Constitution de 1946 que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle. Il ajoute qu'il résulte de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 qu'il ne doit pas être porté d'atteinte substantielle au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction. Selon lui, il s'en déduit qu'il appartient aux autorités judiciaires ainsi qu'aux autorités administratives de veiller à ce que la privation de liberté des personnes condamnées soit, en toutes circonstances, mise en œuvre dans le respect de la dignité de la personne. Il appartient, en outre, aux autorités et juridictions compétentes de prévenir et de réprimer les agissements portant atteinte à la

dignité de la personne condamnée détenue et d'ordonner la réparation des préjudices subis. Enfin, il incombe au législateur de garantir aux personnes condamnées la possibilité de saisir le juge de conditions de détention contraires à la dignité de la personne humaine, afin qu'il y soit mis fin. Dans le choix des modalités retenues pour assurer cette protection, il peut toutefois tenir compte des exigences liées à l'exécution de la peine.

Or, en premier lieu, si une personne condamnée incarcérée en exécution d'une peine privative de liberté et exposée à des conditions de détention contraires à la dignité de la personne humaine peut saisir le juge administratif en référé, sur le fondement des articles L. 521-2 ou L. 521-3 du Code de justice administrative, les mesures que ce juge est susceptible de prononcer dans ce cadre, qui peuvent dépendre de la possibilité pour l'administration de les mettre en œuvre utilement et à très bref délai, ne garantissent pas, en toutes circonstances, qu'il soit mis fin à la détention indigne. En second lieu, le paragraphe III de l'article 707 du Code de procédure pénale prévoit que la personne condamnée détenue peut bénéficier d'un aménagement de sa peine en tenant compte des conditions matérielles de détention et du taux d'occupation de l'établissement pénitentiaire. Toutefois, ni cette disposition ni aucune autre ne permet à une personne condamnée d'obtenir un aménagement de peine au seul motif qu'elle est détenue dans des conditions indignes ou de saisir le juge judiciaire pour qu'il soit mis fin à cette situation par une autre mesure. Par conséquent, selon le Conseil constitutionnel, indépendamment des actions en responsabilité susceptibles d'être engagées à raison de conditions de détention indignes, les dispositions du Code de procédure pénale méconnaissent les exigences constitutionnelles précitées.

S'agissant des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité qu'il prononce, le Conseil souligne que les dispositions déclarées contraires à la Constitution, dans leur rédaction contestée, ne sont plus en vigueur. Il est, en effet, à noter que la loi n° 2021-403 du 8 avril 2021, tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention, a inséré dans le Code de procédure pénale un article 803-8 créant une

nouvelle voie de recours, devant le juge des libertés et de la détention ou le juge de l'application des peines, afin de préserver ce droit. Les Sages décident donc simplement de dire que les mesures prises en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité.

La décision du 16 avril 2021 s'inscrit dans le prolongement de la décision du Conseil du 2 octobre 2020 relative à l'inconstitutionnalité de l'absence de recours judiciaire permettant de mettre un terme aux atteintes à la dignité résultant des conditions de détention provisoire (Cons. const., déc. n° 2020-858/859 du 2 octobre 2020).

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2021-900 QPC du 23 avril 2021 : inconstitutionnalité de la purge des nullités en matière criminelle

En l'espèce, par arrêt du 10 février 2021, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire rédigée en ces termes : « *Les dispositions combinées des articles 181, alinéa 4, et 305-1 du code de procédure pénale, qui prévoient que l'ordonnance de renvoi devenue définitive couvre les vices de la procédure, sans prévoir d'exceptions à ce principe de purge des nullités, notamment dans le cas où la personne poursuivie n'a pas été régulièrement mise en examen, n'a pas pu exercer les droits attachés à la qualité de partie à la procédure, et ne s'est pas vue notifier la décision de renvoi, lorsque ces exceptions au principe de purge des nullités sont pourtant expressément prévues en matière correctionnelle à l'article 385 du code de procédure pénale, méconnaissent-elles les droits et libertés que la Constitution garantit et plus précisément, d'une part, la compétence confiée au législateur par l'article 34 de la Constitution et, d'autre part, les droits de la défense, le droit à un recours juridictionnel effectif et le principe d'égalité des justiciables, garantis par les articles*

1^{er}, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ? » (Cass. crim., 10 février 2021, n° 20-84.752).

Selon le requérant, ces dispositions, qui prévoient la purge des nullités à compter du moment où l'ordonnance de mise en accusation acquiert un caractère définitif, méconnaîtraient le droit à un recours juridictionnel effectif et les droits de la défense, faute de prévoir des exceptions lorsque l'accusé n'a pas été régulièrement mis en examen, a été privé de sa qualité de partie à la procédure et n'a pas reçu notification de l'ordonnance de mise en accusation. Il en résulterait également une méconnaissance par le législateur de sa propre compétence de nature à affecter l'exercice de ces droits. Par ailleurs, le requérant soutenait que le législateur aurait rompu l'égalité entre les justiciables dans la mesure où, à la différence de ce qui est prévu pour les Cours d'assises, devant les tribunaux correctionnels des exceptions sont apportées au mécanisme de la purge des nullités.

Dans sa décision du 23 avril 2021, le Conseil constitutionnel rappelle que le mécanisme de purge des nullités prévu par les dispositions contestées rend irrecevable, une fois l'ordonnance de mise en accusation devenue définitive, toute exception de nullité visant les actes de la procédure antérieure à cette ordonnance. Il rappelle également le contenu des dispositions du Code de procédure pénale permettant au parquet et aux parties privées, voire au juge d'instruction, de saisir la Chambre de l'instruction aux fins d'annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure. Les Sages soulignent, toutefois, que, pour l'accusé, l'exercice de ces voies de recours suppose qu'il ait été régulièrement informé, selon le cas, de sa mise en examen ou de sa qualité de partie à la procédure, de l'avis de fin d'information ou de l'ordonnance de mise en accusation.

Or, les dispositions contestées ne prévoient aucune exception à la purge des nullités en cas de défaut d'information de l'intéressé ne lui ayant pas permis de contester utilement les irrégularités de procédure et alors même que cette défaillance ne procède pas d'une manœuvre de sa part ou de sa négligence. Dès lors, elles méconnaissent le droit à un recours juridictionnel effectif et les droits de la défense. Cette décision s'inscrit dans le sillage de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui ne

s'est pas foncièrement opposée à ce que le droit de soulever une requête en nullité soit dénié à l'absent que la cavale ne saurait excuser. Elle exige, néanmoins, une interprétation stricte de la fuite, en ajoutant que cette notion ne peut pas se déduire de « *la simple absence du requérant de son lieu de résidence habituel* » (CEDH, 11 octobre 2012, *Abdelali c/ France*, n° 43353/07).

Sur les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil constitutionnel estime que l'abrogation immédiate des dispositions contestées entraînerait des conséquences manifestement excessives. Par suite, il y a lieu de reporter au 31 décembre 2021 la date de l'abrogation des dispositions contestées. En revanche, la déclaration d'inconstitutionnalité peut être invoquée dans les instances en cours ou à venir.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2021-899 QPC du 23 avril 2021 : inconstitutionnalité des dispositions ne garantissant pas les droits de la défense des propriétaires tiers à la procédure de confiscation de patrimoine prévue à titre de peine complémentaire des infractions de proxénétisme et de traite des êtres humains

En l'espèce, par arrêt du 3 février 2021, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel deux questions prioritaires de constitutionnalité rédigées, en substance, en ces termes : « *L'article 225-25 du code pénal, et les articles 388, 389, 390, 390-1 et 512 du code de procédure pénale qui permettent sa mise en oeuvre, en tant qu'ils ne prévoient pas l'obligation d'attirer à la procédure le tiers dont le bien est susceptible d'être confisqué, porte-t-il atteinte à l'article 34 de la Constitution qui interdit au législateur de méconnaître l'étendue de sa compétence en violation du droit à un procès équitable garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ?* » (Cass. crim., 3 février 2021, n° 20-84.441).

Selon les requérants, les dispositions contestées méconnaîtraient les droits de la défense et le droit à un recours juridictionnel effectif, en ce qu'elles permettent à la juridiction de jugement d'ordonner la confiscation d'un bien appartenant à une autre personne que celle condamnée, sans lui donner la possibilité de s'expliquer, faute d'avoir été attirée à la procédure. Pour les mêmes raisons, ils faisaient également valoir que le législateur aurait méconnu l'étendue de sa compétence dans des conditions affectant ces mêmes droits.

Dans sa décision du 23 avril 2021, le Conseil constitutionnel rappelle que l'article 225-25 du Code pénal prévoit que les personnes physiques ou morales reconnues coupables d'une infraction relevant de la traite des êtres humains ou du proxénétisme peuvent être condamnées à la peine complémentaire de confiscation de tout ou partie des biens dont elles sont propriétaires, quelle qu'en soit la nature. En application des dispositions contestées de cet article, la confiscation peut également porter sur les biens dont ces personnes ont seulement la libre disposition, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi.

Toutefois, dans cette dernière hypothèse, ni ces dispositions ni aucune autre disposition ne prévoient que le propriétaire dont le titre est connu ou qui a réclaté cette qualité au cours de la procédure soit mis en mesure de présenter ses observations sur la mesure de confiscation envisagée par la juridiction de jugement aux fins, notamment, de faire valoir le droit qu'il revendique et sa bonne foi. Par conséquent, selon le Conseil, les dispositions contestées méconnaissent les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789, à savoir le droit d'exercer un recours juridictionnel effectif et le respect des droits de la défense.

Sur les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil constitutionnel estime, d'une part, que l'abrogation immédiate des dispositions contestées entraînerait des conséquences manifestement excessives. Par suite, il y a lieu de reporter au 31 décembre 2021 la date de l'abrogation des dispositions contestées. D'autre part, il indique que les mesures prises avant la publication de la présente décision ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité.

Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil et
procédure civile à l'ISP

Ass. plén., 2 avril 2021, n° 19-18.814

Par un important arrêt de revirement, la Cour de cassation pose une exception à la règle d'irrecevabilité du moyen formé au soutien d'un nouveau pourvoi qui reproche à la juridiction de renvoi d'avoir statué conformément à l'arrêt l'ayant saisi. Quand un changement de norme postérieur intervient, un tel moyen est recevable devant la Cour de cassation.

Dans le cadre de cette affaire, un salarié engagé au titre de personnel de fabrication par une société intente une action en discrimination syndicale. Toutefois, le conseil de prud'hommes rejette ses demandes. En cause d'appel, il présente une demande additionnelle en paiement de dommages-intérêts en réparation d'un préjudice d'anxiété, ayant été exposé pendant trois ans à l'amiante. La cour d'appel condamne la société à payer 20 000 euros au titre du préjudice d'anxiété. La Haute cour censure le 28 septembre 2016. À cette date, la chambre sociale conditionnait le préjudice d'anxiété au bénéfice des salariés ayant travaillé dans un des établissements figurant sur une liste mentionnée à l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 de financement de la sécurité sociale pour 1999, ce qui n'était pas le cas dans cette hypothèse. Statuant sur renvoi après cassation, la Cour d'appel de Paris, le 5 juillet 2018, autrement composée s'incline et applique strictement la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation. Toutefois, quelques mois plus tard, la jurisprudence restrictive de la chambre sociale de la Cour de cassation est abandonnée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation qui décide par un arrêt du 5 avril 2019 de déconnecter la reconnaissance du préjudice d'anxiété de l'inscription de l'entreprise sur une liste d'établissements classés et de la rattacher à l'obligation de sécurité incombant à l'employeur. La problématique posée à la Cour de cassation est synthétisée par le rapporteur de l'arrêt Dominique Ponsot, conseiller à la chambre

commerciale de la Cour de cassation : « *Doit-on admettre la recevabilité d'un moyen invitant la Cour de cassation à revenir sur la doctrine de son premier arrêt, à laquelle la juridiction de renvoi s'est conformée, lorsqu'une décision d'assemblée plénière postérieure à l'arrêt sur renvoi a procédé à un revirement de jurisprudence ?* ». Traditionnellement, la Cour de cassation répondait à cette question par la négative. En effet, la Cour de cassation déclarait irrecevable tout moyen formé au soutien d'un nouveau pourvoi contre une décision rendue par une juridiction du fond de renvoi conformément à l'arrêt de cassation l'ayant saisi, même si un revirement de jurisprudence était intervenu postérieurement à cet arrêt (Ch. mixte., 30 avr. 1971). La solution a été consacrée par un arrêt d'assemblée plénière de 1993 selon lequel « *le moyen, qui reproche à la juridiction de renvoi d'avoir statué conformément à l'arrêt de cassation qui la saisissait, est irrecevable, peu important que postérieurement à l'arrêt qui saisit la juridiction de renvoi, l'assemblée plénière de la Cour de cassation ait rendu, dans une autre instance, un arrêt revenant sur la solution exprimée par l'arrêt saisissant la juridiction de renvoi* » (Ass. plén., 9 juill. 1993). Cette règle prétorienne résulte d'une interprétation a contrario de l'article L. 431-6 du Code de l'organisation judiciaire qui prévoit seulement la possibilité de saisir la Cour de cassation, laquelle doit alors statuer en assemblée plénière « *lorsque le deuxième arrêt, rendu dans la même affaire entre les mêmes parties procédant en la même qualité, est attaqué par les mêmes moyens* ». Au contraire, la Cour de cassation ne peut être appelée à revenir sur la doctrine affirmée en son premier arrêt lorsque la juridiction de renvoi s'y est conformée. Par conséquent, le moyen par lequel il est seulement reproché à la cour de renvoi d'avoir statué en conformité de l'arrêt de cassation qui l'a saisi n'est pas recevable. Par l'arrêt du 2 avril 2021, l'assemblée plénière a procédé au revirement de jurisprudence. Sa motivation est très claire : « *Il y a lieu d'admettre la recevabilité d'un moyen critiquant la décision par laquelle la juridiction s'est conformée à la doctrine de l'arrêt de cassation qui l'avait saisi, lorsqu'est invoqué un changement de norme intervenu postérieurement à cet arrêt, et aussi longtemps qu'un recours est ouvert contre la décision sur*

renvoi ». Selon la note explicative qui accompagne l'arrêt : « *Prendre en considération la norme nouvelle ou modifiée participe ainsi de l'effectivité de l'accès au juge, assure une égalité de traitement entre des justiciables placés dans une situation équivalente en permettant à une partie à un litige qui n'a pas encore été tranché par une décision irrévocable de bénéficier de ce changement, et contribue à la cohérence juridique et à l'unité de la jurisprudence* ». Reste à préciser ce qu'est un changement de norme. La note explicative qui accompagne l'arrêt indique « *qu'en se référant à un changement de norme de façon générale, l'assemblée plénière entend ainsi ne pas limiter la portée de sa décision aux seuls revirements de jurisprudence* ».

Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil et
procédure civile à l'ISP

Civ. 3e, 4 mars 2021, n° 20-14.195 : Tierce opposition et effet dévolutif

Un litige se noue entre deux voisins, sur le fondement des troubles anormaux de voisinage, à propos d'une marre et de nuisances sonores d'animaux. La Cour ordonne de supprimer la marre litigieuse. Toutefois, les animaux en cause font l'objet d'une protection spécifique. Aussi, une association décide d'agir par la voie de la tierce opposition devant la cour d'appel. Elle sollicite des juges de « *dire que les (défendeurs) seront tenus de procéder au déplacement des espèces protégées amphibiens se trouvant dans la marre située à 10 mètres de l'habitation (du demandeur) dans un site permettant le repos et la reproduction des dites espèces protégées* ». Toutefois, les juges d'appel rejettent la demande. Également la Cour de cassation rejette la demande, en se fondant sur les règles techniques de la procédure civile. En effet, elle retient que l'effet dévolutif limité de la tierce opposition, voie extraordinaire de recours qui tend à rétracter ou réformer un jugement d'un chef de son dispositif, ne permet pas d'instaurer un nouveau litige devant la juridiction saisie. En conséquence, les conclusions ne contenant pas une demande de réformation ou de rétractation

de la décision ne permettent pas d'accueillir la tierce opposition. La solution est pleinement justifiée au regard de l'effet dévolutif. En effet, les juges du fond ont relevé que l'arrêt devenu définitif ordonnait aux personnes condamnées de combler une mare. La présence d'espèces protégées et l'interdiction faite à ces personnes de procéder au déplacement de ces espèces n'avaient été évoquées ni par le dispositif de l'arrêt ni par ses motifs. En conséquence, cet objet était distinct de celui jugé par l'arrêt. La tierce opposition ne permet pas de revenir sur l'autorité de la chose jugée attachée au jugement attaqué par le tiers opposant que de manière limitée, et uniquement en ce qui concerne les chefs du dispositif qui font grief au tiers opposant. Ce n'est pas le comblement de la mare que l'association contestait, mais ses conséquences.

Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil et
procédure civile à l'ISP

Civ. 2e, 4 mars 2021, no 19-16859 : Transaction et autorité de la chose transigée

Dans le cadre de cette espèce, à la suite d'un accident de la circulation survenu en 1979, une personne est atteinte des dommages corporels conséquents. L'assureur du véhicule impliqué dans l'accident indemnise la victime suivant plusieurs protocoles transactionnels successifs. Le protocole signé en 2007, prévoyant la réparation du poste de préjudice lié à l'assistance par tierce personne, avait fixé à 3 420 euros une rente mensuelle au titre des frais d'assistance humaine à la structure collective que la victime occupait alors. Ladite transaction a également fixé une rente trimestrielle de 625 euros au titre des frais d'assistance lors des retours au domicile. Le rapport d'expertise médicale du 5 août 2015 a fait mention de l'aggravation de l'état de la victime due à une pathologie neurologique dégénérative apparue en 2020, sans lien avec l'accident. Ainsi, en invoquant une aggravation de son état de santé et son projet de changement de lieu de vie, la victime a assigné l'assureur en indemnisation de

ses préjudices non inclus dans la transaction de 2007. La Cour d'appel de Pau a satisfait sa demande en accordant en lieu et place des sommes versées au titre de la transaction de 2007, une rente mensuelle de 17 877 euros à compter du 1er août 2016, qui devrait être suspendue si la victime est placée dans une structure de soins spécialisée. Il faut relever que le protocole transactionnel prévoyait qu'en cas d'aggravation de l'état médical, l'indemnisation des préjudices nouveaux en relation directe avec l'accident, sans remise en cause de la transaction, ne pouvait recevoir application. Pour la cour d'appel « *la non-imputabilité de l'aggravation de l'état de santé de [la victime] à l'accident de 1979 constatée par l'expert X n'est cependant pas exclusive d'une possibilité de révision des conditions d'indemnisation de celle-ci telles que fixées dans le protocole transactionnel par application de la clause de révision « en cas de nouvelles modifications de la situation de la victime » qui doit être analysée comme concernant des hypothèses autres que celle de l'aggravation de l'état médical et, notamment, le cas d'un départ de l'établissement dans lequel elle résidait à la date de la transaction* ». La Cour de cassation censure cette analyse au visa des articles 1103 et 2052 du Code civil. Elle affirme que « *la réparation du dommage est définitivement fixée à la date à laquelle une transaction est intervenue, celle-ci faisant obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet* ». Ainsi « *en procédant à une nouvelle évaluation des besoins liés à l'assistance par un tiers*», sans tenir compte des termes de la transaction de 2007 qui « *prévoyait la possibilité d'analyser les nouveaux besoins éventuels de la victime seulement en cas de modifications de sa situation, la cour d'appel a méconnu l'autorité de la chose jugée y étant attachée et violé les textes susvisés* ». Même si la Cour de cassation ne tire pas les conséquences de la loi du 18 novembre 2016, qui a modifié la formulation de l'article 2052 du Code civil, l'esprit demeure. En effet, l'arrêt est rendu au visa des articles 1103 et 2052 du Code civil et non pas à celui de l'article 1355 du même code et il met en œuvre, en réalité, la fin de non-recevoir tirée de l'article 2052 Code civil. Dans sa rédaction issue de la loi JXXI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, ce texte ne mentionne plus l'autorité de la chose jugée de la

transaction. En revanche, comme le rappelle l'attendu de principe, il prévoit qu'une telle transaction « *fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet* ». Autrement dit, la Cour de cassation fait application de l'autorité de la chose transigée et non jugée selon la nouvelle terminologie.

Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil et
procédure civile à l'ISP

Civ. 2^e, 4 mars 2021, n°19-22.829 : Déclaration d'appel d'une société en formation et nullité pour vice de fond

Une société a été placée en redressement, puis en liquidation judiciaire. Elle exploitait un fonds de commerce situé dans un immeuble appartenant à une autre société placée également en liquidation judiciaire, un liquidateur étant désigné pour les deux sociétés. Par ordonnance, le juge-commissaire d'un tribunal de grande instance en charge de la procédure à l'égard de la deuxième société, a autorisé l'échange d'une parcelle appartenant à cette dernière avec celles appartenant à d'autres personnes ainsi que la cession conjointe à certaines personnes. Un appel de cette ordonnance a été relevé au nom d'une société en formation. Cette dernière a formé pourvoi contre l'arrêt qui a déclaré irrecevable son appel principal. Elle reproche aux juges du fond d'avoir considéré que la déclaration d'appel était entachée, du fait de son inexistence, d'une irrégularité de fond qui ne peut être couverte, alors que la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité à agir est susceptible de régularisation jusqu'au moment où le juge statue, ce qui était le cas en l'espèce, l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés étant intervenue avant. Toutefois, la Cour de cassation retient que, selon la cour d'appel, la société en formation ne disposait pas de la personnalité morale et n'avait pas d'existence légale lorsqu'elle a formalisé la déclaration d'appel par l'intermédiaire de sa représentante. Elle précise que restait sans incidence le fait que la société ait

été immatriculée au registre du commerce et des sociétés postérieurement à l'appel et que les associés aient approuvé tous les actes et engagements pris au nom et pour le compte de la société par les fondateurs. Ainsi, il résulte des articles 117 et 121 du Code de procédure civile qu'une procédure engagée par une partie dépourvue de personnalité juridique est entachée d'une irrégularité de fond qui ne peut être couverte.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 4 novembre 2020, pourvoi n° 18-19.747 : Dol + Faute séparable des fonctions.

Une EURL dirigée par un associé-gérant unique cède son fonds de commerce à une autre EURL. Le gérant de cette dernière agit en nullité de la cession, considérant avoir été trompé sur la situation financière du fonds. Et tel est bien le cas puisque les juges du fonds constatent que la société cédante avait nécessairement connaissance de la diminution de plus de la moitié de son chiffre d'affaires sur le dernier exercice précédant la vente et qui ne pouvait ignorer que cette circonstance était déterminante du consentement de la société cessionnaire. A cela s'ajoute de nombreux autres mensonges sur la situation du fonds ; partant le dol est caractérisé. Ce n'est pas tout, car le gérant de la société cessionnaire a également agi contre le gérant de la société cédante en responsabilité personnelle. Sur ce point également, les juges approuvent les arguments du demandeur : le comportement du gérant de la société cédante et l'ensemble de ses mensonges constituent une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales. Et la Cour de cassation de confirmer à la fois la caractérisation du dol et de la faute séparable des fonctions. La solution est sévère non sur le dol mais sur la responsabilité personnelle du dirigeant de la société cédante. En effet, jusqu'à présent, les hauts conseillers refusaient d'engager la responsabilité personnelle d'un

dirigeant à l'égard des tiers et la responsabilité de la société pour une même faute. Autrement dit, jusqu'à l'arrêt de 2020, l'engagement de la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux à l'égard des tiers n'est possible qu'à la condition que soit démontrée l'existence d'une faute distincte de celle reprochée à la société (Com. 14 janvier 2002). Faut-il donc voir dans l'arrêt du 4 novembre 2020 un revirement de jurisprudence ? S'agit-il d'un arrêt isolé marqué par la sévérité des juges dans une situation où il est vrai le comportement du gérant de la société cédante était particulièrement grave ? A suivre...

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 18 novembre 2020, pourvoi n° 19-19.463 : Compétence juridictionnelle en cas de litiges relatifs à une société commerciale. Confirmations.

En l'espèce, un syndicat de taxis et un nombre conséquent de taxis agissent en concurrence déloyale contre la société Uber France. L'action est également diligentée contre MM. Y et IIS, désignés respectivement General manager et Regional general manager de la société Uber France, et accusés d'être dirigeants de fait de cette société. Le contentieux se cristallise autour de la compétence juridictionnelle et ce, jusqu'à ce que la Cour de cassation se prononce. Les hauts conseillers décident que la compétence du tribunal de commerce peut être retenue lorsque les défendeurs sont des personnes qui n'ont ni la qualité de commerçant ni celle de dirigeant de droit d'une société commerciale, dès lors que les faits reprochés sont en lien direct avec la gestion de cette société. Autrement dit, cet arrêt de 2020 vient confirmer en la matière l'important arrêt Com. 27 octobre 2009. De plus, la Cour de cassation ajoute que, lorsque le demandeur est un non-commerçant, il dispose du choix de saisir le juge civil ou le juge commercial. En cela, les hauts conseillers rappellent la théorie des actes mixtes (Civ. 8 mai 1907).

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 13 janvier 2021, pourvoi n° 18-21.860 : Absence de nullité d'une décision contraire à l'intérêt social.

Dans sa rédaction issue de la loi Pacte du 22 mai 2019, l'article L. 235-1 du Code de commerce dispose, en son alinéa 1^{er}, que « *La nullité d'une société ou d'un acte modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse du présent livre ou des lois qui régissent la nullité des contrats* ». En l'espèce, une assemblée d'associés attribue des primes substantielles à un dirigeant par la suite remplacé. Le nouveau dirigeant refuse de verser ces sommes, affirmant qu'il s'agit d'un acte anormal de gestion. L'ancien dirigeant agit en paiement des primes ; la société demande reconventionnellement l'annulation de la décision d'assemblée. La cour d'appel annule la décision considérant que les rémunérations étaient manifestement excessives et contraires à l'intérêt social. Ces éléments ne suffisent pas pour la Cour de cassation, laquelle décide, sur le fondement des articles 1240 du Code civil et de l'ancien article L. 235-1 du Code de commerce qu'il résulte de ces textes « *qu'une délibération de l'assemblée générale des associés d'une société octroyant une rémunération exceptionnelle à son dirigeant ne peut être annulée qu'en cas de violation des dispositions impératives du livre II dudit code ou de la violation des lois qui régissent les contrats, et non au seul motif de sa contrariété à l'intérêt social, sauf fraude ou abus de droit* ». Par là, l'on voit les hauts conseillers aligner la jurisprudence sur la loi Pacte, elle-même inspirée d'un heureux arrêt de 2015 (Com. 12 mai 2015, arrêt dit « La Batelière » : « *serait-elle établie, la contrariété à l'intérêt social ne constitue pas, par elle-même, une cause de nullité des engagements souscrits par le gérant d'une SARL à l'égard des tiers* »).

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1^{ère}, 3 février 2021, pourvoi n° 16-19.691 : Nullité d'une décision abusive d'exclusion d'un associé.

Une SELAS est constituée par deux avocats. L'un des avocats cesse toute activité pendant plusieurs mois pour des raisons de santé. Il informe la société de sa volonté de démissionner. Une assemblée générale est convoquée aux fins de statuer sur cette démission. Pour des raisons ignorées, l'assemblée ne statue pas sur cette démission mais prononce l'exclusion de l'associé en application de l'article 11 des statuts selon lequel peut être exclu un associé au titre d'une incapacité d'exercice professionnel pendant une période cumulée de neuf mois au cours d'une période totale de douze mois. L'associé exclu agit en annulation de la décision d'exclusion, en paiement d'honoraires et en dommages-intérêts. Parce que les juges du fond ont repoussé le principal de ses prétentions, il se pourvoit en cassation. Sur le fondement des articles 1832, 1833 et 1844-10 alinéa 3 du Code civil, la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel en deux temps : d'une part, les juges soulignent que l'exclusion est abusive dès lors que l'assemblée avait été convoquée pour prendre acte de la démission et que la mesure d'exclusion était uniquement motivée par ses prétentions financières ; d'autre part, au contraire des juges du fond, les hauts conseillers concluent à la nullité de la décision abusive.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 3^{ème}, 23 septembre 2020, pourvoi n° 19-16.949 : Caducité de la promesse synallagmatique de vente conclue sous condition suspensive.

De jurisprudence constante (par ex., Civ. 3^{ème}, 9 mars 2017 ; Civ. 3^{ème}, 4 février 2021), lorsque, dans une promesse synallagmatique de vente, un délai est prévu pour la réalisation de la condition suspensive et qu'à la date prévue pour la réitération par acte authentique, cette condition n'est pas accomplie, la promesse est caduque. Si cette solution n'a pas été consacrée par la réforme de 2016, elle a vocation à perdurer sur le fondement des articles 1186 et 1304 et suivants du Code civil. La présente décision rappelle ce principe, toutefois en modérant ses effets et sa portée. En effet, en l'espèce, l'obtention du permis de construire – objet de la condition suspensive – n'était pas intervenue pendant le délai initialement convenu par les parties. Cependant, les parties avaient pris soin de le proroger et le permis avait été obtenu pendant le nouveau délai. Ainsi, en soulignant que la clause prorogeant le délai de réalisation de la clause suspensive a pour effet de proroger le terme de la promesse synallagmatique, les hauts conseillers approuvent les juges du fond d'avoir refusé, en l'occurrence, de prononcer la caducité de l'engagement.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 2^{ème}, 26 novembre 2020, pourvoi n° 18-26.846 : Champ d'application de la loi du 5 juillet 1985.

Dans une jurisprudence constante, la Cour de cassation décide que « *l'incendie provoqué par un véhicule terrestre à moteur, ce dernier fût-il en*

stationnement, est régi par les dispositions de la loi du 5 juillet 1985 » (Civ. 2^{ème}, 22 novembre 1995 ; Civ. 2^{ème}, 8 janvier 2009). Le présent arrêt se situe dans le fil de cette jurisprudence tout en apportant de précieuses précisions supplémentaires : « *Après avoir relevé qu'en cas d'incendie provoqué par un véhicule à moteur se trouvant en stationnement, y compris dans un lieu privé et clos, la loi du 5 juillet 1985 peut s'appliquer mais à la condition qu'il s'agisse d'un lieu où la circulation est possible, autorisée, prévue et aménagée à cet effet, l'arrêt retient que l'incendie en cause est survenu dans le hall d'entrée d'un immeuble qui avait été auparavant un garage mais qui était devenu interdit à la circulation et au stationnement des véhicules à moteur et avait été aménagée à cette fin, et que le scooter de M. K... se trouvait donc immobilisé dans un lieu d'habitation impropre à cette destination de stationnement. La cour d'appel en a exactement déduit que les dispositions de la loi du 5 juillet 1985 devaient être écartées* ». Ainsi donc, l'extension du champ d'application de la loi de 1985 n'est pas infinie. La présente décision doit être interprétée comme posant des limites à la notion de voie de circulation : il doit s'agir d'un lieu où la circulation est possible, autorisée, prévue et aménagée. Ces éléments constituent autant de conditions d'application de la loi spéciale.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1^{ère}, 9 décembre 2020, pourvoi n° 19-17.832 : De la délicate détermination de l'intensité de l'obligation de sécurité.

Sur le trajet de retour d'un baptême de plongée sous-marine, M. P se trouvait sur un zodiac piloté par l'organisateur de l'activité lorsque l'embarcation a heurté une forte vague. M. P est victime d'une fracture avec tassement d'une vertèbre. Il agit en réparation contre l'assureur de l'organisateur de l'activité. Le débat se cristallise sur la détermination de l'intensité de l'obligation de sécurité, dont l'existence à la charge de l'organisateur n'est pas douteuse. M.

P affirme qu'il s'agit d'une obligation de résultat dès lors que l'on est dans la cadre d'un transport de personnes (Civ. 21 novembre 2011). L'assureur affirme, au contraire, qu'il s'agit d'une obligation de moyens dès lors que M. P avait un rôle actif dans le cadre de l'activité en cause. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre l'arrêt des conseillers d'appel, ayant considéré, d'une part, que le transport des participants à cette activité sportive présentait des spécificités excluant de le considérer comme un contrat de transport détachable du contrat principal et, d'autre part, que les passagers du zodiac étant tenus d'une participation active notamment pendant la phase de déplacement entre le site de plongée et la plage, l'organisateur n'était soumis durant cette phase, comme pendant l'activité elle-même, que d'une obligation de sécurité de moyens. Implicitement, se comprend l'idée que l'organisateur n'a pas commis de faute dans l'objectif d'assurer la sécurité des passagers du zodiac, d'autant que les participants étaient justement répartis sur les boudins et que des consignes de sécurité sur le comportement à adopter pendant le trajet avaient été données pour pallier les chocs éventuels.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1^{ère}, 9 décembre 2020, pourvoi n° 19-21.390 : Du champ de la réparation en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

En vertu de l'article 1245-1 du Code civil, les dispositions relatives à la responsabilité du fait des produits défectueux s'appliquent aux demandeurs en réparation des préjudices autres que ceux causés au produit lui-même. C'est ce que vient rappeler la présente décision : « *ce régime de responsabilité ne s'applique pas à la réparation du dommage qui résulte d'une atteinte au produit défectueux lui-même et aux préjudices économiques découlant de cette atteinte* ». En l'espèce, un vigneron était blessé en utilisant un matériel agricole récemment acquis ; les juges font droit à sa demande de

réparation de son préjudice corporel mais repousse ses prétentions quant à la réparation au matériel lui-même. Déjà la Cour de cassation avait distingué les bouteilles de vin du vin lui-même (Civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 2015), le mât du bateau du bateau lui-même (Civ. 1^{ère}, 14 octobre 2015) pour définir le champ d'application des articles 1245 et s. du Code civil. Dans la décision du 9 décembre 2020, une autre question était posée à la Cour de cassation concernant le possible cumul de l'action fondée sur la responsabilité du fait des produits défectueux et de l'action en résolution du contrat. Mais la Cour régulatrice ayant exclu l'application au matériel agricole, elle n'a pas eu à répondre à la question du cumul, ce qui est bien dommage tant elle apparaissait pertinente.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 16 décembre 2020, pourvoi n° 18-24.564 : Application anticipée et implicite du nouvel article 1339 du Code civil.

Issu de la réforme de 2016, ce dernier dispose, en son alinéa 1^{er}, que « *Lorsque le délégant est créancier du délégué, sa créance ne s'éteint que par l'exécution de l'obligation du délégué envers le délégataire et à due concurrence. Jusque-là, le délégant ne peut en exiger ou en recevoir le paiement que pour la part qui excéderait l'engagement du délégué. Il ne recouvre ses droits qu'en exécutant sa propre obligation envers le délégataire* ». Cet article a notamment eu pour effet de mettre fin à des hésitations prétoriennes du début du XX^{ème} siècle sur le point de savoir si la créance du délégant sur le délégué était disponible et donc saisissable dans le cadre d'une délégation de créances. La réponse légale nouvelle est négative. Dans la présente décision, rendue sur le fondement de l'article 1275 ancien du Code civil, la Cour de cassation entérine le débat y compris pour des faits antérieurs au 1^{er} octobre 2016 en appliquant – sans le dire – le nouveau dispositif légal. En effet, les hauts conseillers décident que « *Si la créance du délégant sur le délégué s'éteint*

seulement par le fait de l'exécution de la délégation, ni le délégant ni ses créanciers ne peuvent, avant la défaillance du délégué envers le délégataire, exiger le paiement, de sorte que l'avis à tiers détenteur effectué entre les mains du délégué par le créancier du délégant ne peut avoir pour effet de priver le délégataire, dès son acceptation, de son droit exclusif à un paiement immédiat par le délégué, sans concours avec le créancier saisissant ».

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 13 janvier 2021, pourvoi n° 19-17.051 : Violation d'une clause d'*intuitus personae* dans un contrat de franchise et responsabilité délictuelle du complice sur le fondement de l'article 1240 du Code civil.

La question intéressera autant les civilistes que les commercialistes : quelle responsabilité en cas de violation d'une clause d'*intuitus personae* dans un contrat de franchise, comprenant également un pacte de préférence ? Le présent contentieux s'inscrit dans le cadre d'une longue saga judiciaire (Com. 3 juin 2008, Com. 24 novembre 2009... toutes ces affaires comme la présente reposent sur des situations analogues voire strictement identiques) qui trouve peut-être un épilogue avec cette décision. En l'espèce, dans le cadre d'un contrat de franchise avec la société Casino, une société X, le franchisé donc, exploite un fonds de commerce sous l'enseigne SPAR. La société X résilie le contrat de franchise invoquant l'inexécution de certaines de ses obligations par le franchiseur. Par suite, le gérant de la société X cède ses parts sociales à la société Carrefour, également nouvelle enseigne du fonds. Logiquement, Casino assigne la société X, le gérant et Carrefour en justice, pour obtenir l'annulation de la cession et des dommages-intérêts. A l'appui de sa demande, Casino invoque notamment une clause d'*intuitus personae* et une clause de préférence, stipulées dans le contrat de franchise. S'ils font droit à la demande de dommages-intérêts, les juges du fond refusent l'annulation de la cession de parts.

Les condamnés forment un pourvoi devant la Cour de cassation qui se concentre sur la question de la responsabilité. Un pourvoi naturellement rejeté, dès lors que la Haute juridiction décide, dans un premier temps, que la société X était, en vertu de la clause d'*intuitus personae*, tenu d'informer Casino de son projet de cession de titres, et, dans un second temps, que Carrefour s'est rendue complice de la violation de cette clause, engageant sa responsabilité délictuelle. Pour établir cette dernière, la Cour régulatrice s'appuie sur les constatations des juges du fond selon lesquelles Carrefour connaissait les dispositions du contrat de franchise et avait connaissance en sa qualité de professionnel aguerri de la grande distribution, de l'existence courante de ce type de droit de préférence et de clause d'*intuitus personae*, qu'elle inclut elle-même dans ses propres contrats.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 3^{ème}, 14 janvier 2021, pourvoi n° 20-11.224 : Réalisation de la condition suspensive d'un contrat de prêt. Attention à la rédaction de la condition.

Le contentieux relatif au jeu de la condition suspensive semble toujours aussi important. Ce mécanisme a beau être des plus classiques, certaines interrogations demeurent quant à son régime. En l'espèce, un couple achète une maison d'habitation par acte sous seing privé, lequel comprend une condition suspensive aux termes de laquelle les acquéreurs déclarent avoir l'intention de recourir, pour le paiement du prix, à un prêt d'un montant maximum de 725 000 euros, dont 260 000 euros de crédit relais. Dans un premier temps, ils n'obtiennent qu'un prêt de 539 900 euros. Dans ces conditions, la réitération de la vente n'a pas lieu et le vendeur notifie aux acheteurs sa renonciation de poursuivre. Les acheteurs assignent en perfection de la vente ou, à défaut, en paiement de la clause pénale. En défense, le propriétaire demande le prononcé de la caducité de la

promesse et le paiement du dépôt de garantie. Les juges du fond font droit à ses demandes après avoir constaté la non-réalisation de la condition suspensive. L'arrêt d'appel est censuré par la Haute juridiction au visa de l'article 1103 du Code civil. Selon les hauts conseillers, pour déclarer caduque la promesse de vente et rejeter la demande des acheteurs en paiement de la pénalité contractuelle, l'arrêt retient qu'ils n'ont pas justifié de la réalisation de la condition suspensive dans les termes contractuels. Or, un prêt leur a bien été accordé à un montant inférieur au montant maximal prévu, ce qui était dès lors conforme aux stipulations contractuelles. Partant, la condition a été réalisée dans les délais convenus. Autant dire, qu'ici la Haute juridiction fait une interprétation très littérale (exégétique) de la convention des parties, le terme « montant maximum » ayant été décisif dans leur analyse.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 27 janvier 2021, pourvoi n°18-22.492 : Le délai raisonnable dans lequel lever l'option contenue dans une promesse unilatérale à durée indéterminée.

En l'espèce, les consorts F. achètent l'intégralité des parts sociales d'une SARL. Le même jour, les consorts F. s'engagent unilatéralement et à durée indéterminée à revendre ces parts à l'un des cédants, M. X. Près de 12 ans plus tard, M. X. notifie sa décision de lever l'option aux consorts F., lesquels refusent de vendre leurs parts à M. X. Celui-ci les assigne en exécution forcée de la cession. Les juges du fond refusant de faire droit à sa demande, il se pourvoit en cassation aux motifs notamment que la promesse unilatérale n'étant assortie d'aucun terme bornant le temps durant lequel l'option conférée peut être levée, celle-ci perdure tant que le promettant n'a pas dénoncé la promesse. Il est vrai que l'on peut reprocher aux consorts F. de ne pas avoir résilié leur engagement au cours des douze ans passés. Pourtant, l'argument ne prospère pas et la Cour de cassation rejette le pourvoi. Les hauts

conseillers considèrent que la promesse unilatérale de vente consentie pour une durée indéterminée est caduque au moment où le bénéficiaire lève l'option, douze ans après la conclusion de l'engagement, dès lors que les parties ont eu la commune intention de fixer un délai raisonnable pour cette levée de l'option. Certains auteurs affirment, d'une part, que la promesse comme l'offre devrait donc nécessairement comporter un délai raisonnable et, d'autre part, que la Haute juridiction porte ici gravement atteinte à la force obligatoire des conventions. L'une comme l'autre de ces affirmations est erronée. Au vrai, il faut tenir compte des termes précis de la promesse : celle-ci comprenait une clause de temporisation (ou d'attente), selon laquelle l'option ne pouvait être levée la première année, une clause d'incessibilité à la charge du promettant, mais aucune clause d'indexation. La combinaison de ces éléments a conduit les juges du fond à considérer la commune intention des parties de ne pas laisser l'option durable au-delà d'un certain délai raisonnable.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

C. Constit., Déc. du 5 février 2021, QPC : Constitutionnalité de l'article 1247 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

Pour rappel, ce texte dispose que « *Est réparable, dans les conditions prévues au présent titre, le préjudice écologique consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement* ». Autrement dit, en l'occurrence, c'est tout le régime relatif au préjudice écologique pur qui était soumis à l'examen de constitutionnalité. Les associations requérantes critiquaient le dispositif considérant qu'il ne prévoyait la réparation que des atteintes importantes à l'environnement et non de toutes les atteintes y compris négligeables. Était également reproché

au dispositif de manquer de clarté sur cette distinction entre les atteintes négligeables et non négligeables. Le Conseil constitutionnel écarte successivement les deux griefs. Dans un premier temps, les Sages considèrent, au vu de l'article 4 de la Charte de l'environnement, qu'en écartant de l'obligation de réparation les atteintes à ces bénéfiques, éléments ou fonctions, uniquement lorsqu'elles présentent un caractère négligeable, le législateur n'a pas méconnu le principe selon lequel toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement. Dans un second temps, le Conseil affirme, au vu de l'article 4 de la DDHC et du principe d'interdiction générale de nuire à autrui, que les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet de limiter la réparation qui peut être accordée aux personnes qui subissent un préjudice du fait d'une atteinte à l'environnement.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1^{ère}, 17 février 2021, pourvoi n° 19-22.234 :
Restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat pour illicéité.

En l'espèce, une société confie à un cabinet d'avocats une mission d'analyse de la tarification du risque accident du travail de l'entreprise, de suivi en temps réel des accidents du travail, d'assistance dans les relations avec l'administration, de réalisation des démarches, de rédaction de réclamations et de recherche d'éventuelles erreurs. A la suite d'un différend entre les parties, le cabinet d'avocats a assigné la société en paiement de ses honoraires puis, invoquant la nullité du contrat, a sollicité une certaine somme au titre de la restitution en valeur des prestations réalisées. L'illicéité de la convention litigieuse transparaissait d'une demande de consultation destinée à trouver les moyens de frauder la loi. Le contentieux ne se cristallisait d'ailleurs pas sur ce point mais sur celui du droit à restitution en valeur des prestations réclamée par le cabinet d'avocats. Les juges du fond firent droit aux prétentions de

ce dernier. Un pourvoi alambiqué et peu pertinent ne suffit pas à convaincre la Haute juridiction, laquelle décide sur le fondement de l'article 1131 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, que dans le cas d'un contrat illicite parce qu'ayant été conclu au mépris des règles impératives d'exercice de la profession d'avocat, la restitution en valeur de la prestation effectuée peut être sollicitée par l'avocat.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 3^{ème}, 4 mars 2021, pourvoi n° 19-22.971 :
Retour sur la violation d'un pacte de préférence.

Une société bénéficiaire d'un pacte de préférence se prévaut de sa violation lorsque le promettant cède des parcelles de terrain, objet du pacte, par le moyen d'un crédit-bail. On notera immédiatement que ce point, non contesté par ailleurs, apparaît une évidence. Le pacte de préférence joue en cas de réalisation du contrat prévu, indépendamment des modalités de ce contrat (sauf stipulation contraire). Autrement, peu importe que la cession aux tiers se soit faite directement ou par l'intermédiaire d'un crédit-bail, la violation du pacte est évidente. La question qui se pose devant les juges est relative à la preuve des conditions nécessaires à la sanction (nullité ou substitution) de cette violation. Rappelons qu'au titre de l'arrêt rendu en chambre mixte le 26 mai 2006 ou en vertu de l'article 1123 alinéa 2 du Code civil, il appartient au bénéficiaire insatisfait souhaitant obtenir la nullité ou la substitution de la vente réalisée au tiers, de prouver, d'un côté, la connaissance par le tiers de l'existence du pacte, de l'autre, la connaissance par le tiers de la volonté du bénéficiaire de se prévaloir du pacte. Or, en l'espèce, s'il était constant que les cessionnaires avaient connaissance de l'existence du droit de préférence, les juges du fond repoussent la demande en annulation de la cession dès lors qu'il n'est pas démontré que les cessionnaires avaient connaissance de

l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Le pourvoi argue qu'il appartient en toutes circonstances à tout acquéreur professionnel, dès lors qu'il a connaissances de l'existence d'un droit de préférence, de s'informer des intentions de son bénéficiaire ; à défaut de pouvoir en justifier, il doit être présumé avoir eu connaissance de l'intention du bénéficiaire d'exercer son droit. Bien évidemment, l'argument ne prospère pas : la Cour de cassation rappelle qu'il incombe au bénéficiaire d'un droit de préférence qui sollicite l'annulation de la vente et sa substitution dans les droits du tiers acquéreur de rapporter la double preuve requise. Bref, nonobstant sa qualité de professionnel, le tiers acquéreur ne peut être présumé connaître l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Et il n'existe pas d'obligation pour ce tiers professionnel de s'enquérir de la volonté du bénéficiaire. L'action interrogatoire est un droit et une faculté, et non une obligation.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 2^{ème}, 11 février, pourvoi n° 19-23.525, Civ. 2^{ème}, 11 mars 2021, pourvoi n° 19-17.384 et Civ. 2^{ème}, 11 mars 2021, pourvoi n° 19-17.385 : Exigence de causalité et *infans conceptus*.

« *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* », « *L'enfant conçu est considéré comme né chaque fois qu'il peut en tirer un avantage* ». Dans un arrêt important de 2017, la Haute juridiction avait appliqué la maxime *infans conceptus*, pour décider que « *dès sa naissance, l'enfant peut demander réparation du préjudice résultant du décès accidentel de son père survenu alors qu'il était conçu* » (Civ. 2^{ème}, 14 décembre 2017). Ce préjudice moral « nouveau » d'affection consiste dans l'impossibilité de pouvoir nouer des liens d'affection avec un parent. Dans l'affaire de février 2021, la Haute juridiction fait une nouvelle application de la célèbre maxime en rappelant que l'enfant qui était conçu au moment du décès de la victime directe de faits présentant le caractère matériel d'une infraction

peut demander réparation du préjudice que lui cause ce décès. Partant, les hauts conseillers décident que « *c'est à bon droit qu'une cour d'appel estime qu'une enfant, déjà conçue au moment du décès de son grand-père, et privée, par un fait présentant le caractère matériel d'une infraction, de la présence de ce dernier, dont elle avait vocation à bénéficier, souffre nécessairement de son absence définitive, sans avoir à justifier qu'elle aurait entretenu des liens particuliers d'affection avec lui, si elle l'avait connu, et déclare la demande d'indemnisation de son préjudice moral recevable* ». L'affaire faisant l'objet des deux décisions de mars 2021 se situe dans le droit fil de l'arrêt de 2017 et de celui de février 2021, tout en portant sur une situation légèrement différente. En l'occurrence, en 1987, une petite fille âgée de 10 ans avait disparu. Des mesures d'instruction prises, la prescription n'a jamais été acquise dans cette affaire. En 2015, la petite sœur de l'enfant disparue, née 3 ans après cette disparition, saisit la Commission d'indemnisation des victimes d'infractions (la CIVI), et demande réparation de son préjudice moral. Les juges du fond ont fait droit à sa demande, mais sont censurés par la Cour de cassation qui refuse, sur le fondement de l'article 1240 du Code civil et de l'article 706-3 du Code de procédure pénale, d'admettre l'existence d'un lien causal entre la disparition de sa sœur et le préjudice moral de la demanderesse, laquelle n'était pas née lors de la disparition. Ce dernier élément semble suffire au juge pour exclure la causalité.

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.

10 questions à un greffier des tribunaux de commerce

À la croisée du monde judiciaire et économique, le greffier des tribunaux de commerce est une profession discrète. Le greffier de tribunal de commerce est un officier public et ministériel dont le statut est défini par l'article L. 741-1 du Code de commerce. Le greffier des tribunaux de commerce accompagne les entreprises de leur création jusqu'à leur disparition. Il a d'abord une mission d'assistance du tribunal. Ensuite, il est au service du justiciable avec la conservation des minutes et des archives, l'authentification et la délivrance des décisions. Enfin, il est au service des entreprises. Pour devenir greffier des tribunaux de commerce, il faut premièrement réussir un concours exigeant, deuxièmement effectuer un stage et dernièrement se soumettre à un entretien de validation du stage. Revenons ensemble sur cet acteur de la justice commerciale. Demandons à Thomas DENFER, greffier au tribunal de commerce de Paris et Vice-Président du Conseil National des Greffiers des tribunaux de commerce, de répondre à 10 questions sur le métier de greffier des tribunaux de commerce.

<https://soundcloud.com/prepaisp/10-questions-a-un-greffier-des-tribunaux-de-commerce>

La révolution islamiste mondiale : mythe ou réalité ?

Il y a dix ans, quasiment jour pour jour, un mouvement de contestation populaire parti de Tunisie, embrasait le monde arabe..., les révoltes s'étaient alors propagées et, tel un tsunami, avait balayé des régimes autoritaires en place depuis des décennies... Moubarak en Égypte, Ben Ali en Tunisie, Kadhafi en Lybie... le vent du « printemps arabe » avait même soufflé sur le Maroc, Bahreïn, ou encore l'Algérie avec plus ou moins de succès.

Mais une décennie plus tard, alors qu'en Europe on se réjouissait de la démocratisation du monde arabe et musulman, le « printemps arabe » a laissé place à « l'hiver islamiste »... Les formations islamistes ont su profiter de la contestation sociale...

Mais pour de nombreux spécialistes, le retour des islamistes dans le jeu politique ne serait EN réalité que la conséquence d'une révolution salafite mondiale... Cette révolution islamiste aurait même commencé à produire des effets en Europe en France... Depuis quelques semaines le débat a même pris une nouvelle tournure avec le concept « d'islamo-gauchisme » ...

Alors : la révolution islamiste : mythe ou réalité ?

Pour en parler, je reçois Samir Hammal, professeur d'institutions politiques à Sciences Po et enseignant de Culture Générale à la prépa ISP.

<https://soundcloud.com/prepaisp/la-revolution-islamiste-mondiale-mythe-ou-realite>

10 questions à un huissier de Justice

On n'évoque jamais l'huissier de justice sans une certaine crainte, une certaine méfiance. On l'imagine frapper à notre porte à l'aube, procéder à une saisie, une expulsion. L'image commune de cette profession est faite de clichés cinématographiques ou littéraires.

Pourtant, l'huissier de Justice n'est pas cet horrible persécuteur que l'on croit. Il est l'un de ses acteurs du droit qui participe à l'effectivité de la Justice.

Ainsi, l'huissier de justice a une place importante voire essentielle dans notre Justice. Cet officier ministériel est notamment en charge de l'exécution des décisions de justice. Il délivre des actes authentiques, remet les assignations et procède à la signification des actes judiciaires. Et ceci ne résume que partiellement ses missions.

Afin de nous éclairer sur le rôle, les pouvoirs mais aussi l'essentialité de cet acteur de la Justice qu'est l'Huissier de Justice, nous avons le plaisir et l'honneur de recevoir Madame Anne-Sophie BONNET DE PAILLERETS, huissier de Justice associé au sein d'une Etude parisienne.

<https://soundcloud.com/prepasp/10-questions-a-un-huissier-de-justice>

L'affaire Sarah Halimi après l'arrêt de la Cour de cassation

Nous avons déjà consacré un podcast à l'affaire Sarah Halimi en janvier 2020. L'actualité nous commande à nouveau de lui consacrer une émission.

Dans un arrêt du 14 avril 2021, qui suscite de vives réactions, la Chambre criminelle de la Cour de cassation affirme que « les dispositions de l'article 122-1, alinéa 1er, du Code pénal [relatives à la cause d'irresponsabilité pénale tirée du trouble mental], ne distinguent pas selon l'origine du trouble psychique ayant conduit à l'abolition [du] discernement ».

Rappelons que l'arrêt du 14 avril 2021 a été rendu dans le cadre de la médiatique affaire dite « Sarah Halimi » concernant cette femme – âgée de soixante-cinq ans et de confession juive – violentée et défenestrée par l'un de ses voisins qui s'était écrié, au moment des faits : « Allah Akbar, c'est le sheitan, je vais la tuer », « j'ai tué le sheitan », « j'ai tué un démon ». Juste avant cet acte dramatique, l'intéressé avait séquestré une famille vivant à proximité de son appartement.

À la suite de ces faits, le suspect a été mis en examen des chefs d'homicide volontaire et de séquestration avec la circonstance que les faits ont été commis à raison de l'appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une race ou à une religion déterminée.

Néanmoins, par arrêt du 19 décembre 2019, la Chambre de l'instruction de la Cour d'appel de PARIS a considéré que, malgré l'existence de charges suffisantes contre le mis en examen, son discernement devait être considéré comme aboli au moment des faits.

Il a donc été déclaré pénalement irresponsable en raison de l'existence d'une « bouffée délirante aiguë » d'origine exotoxique et due à la consommation régulière de cannabis.

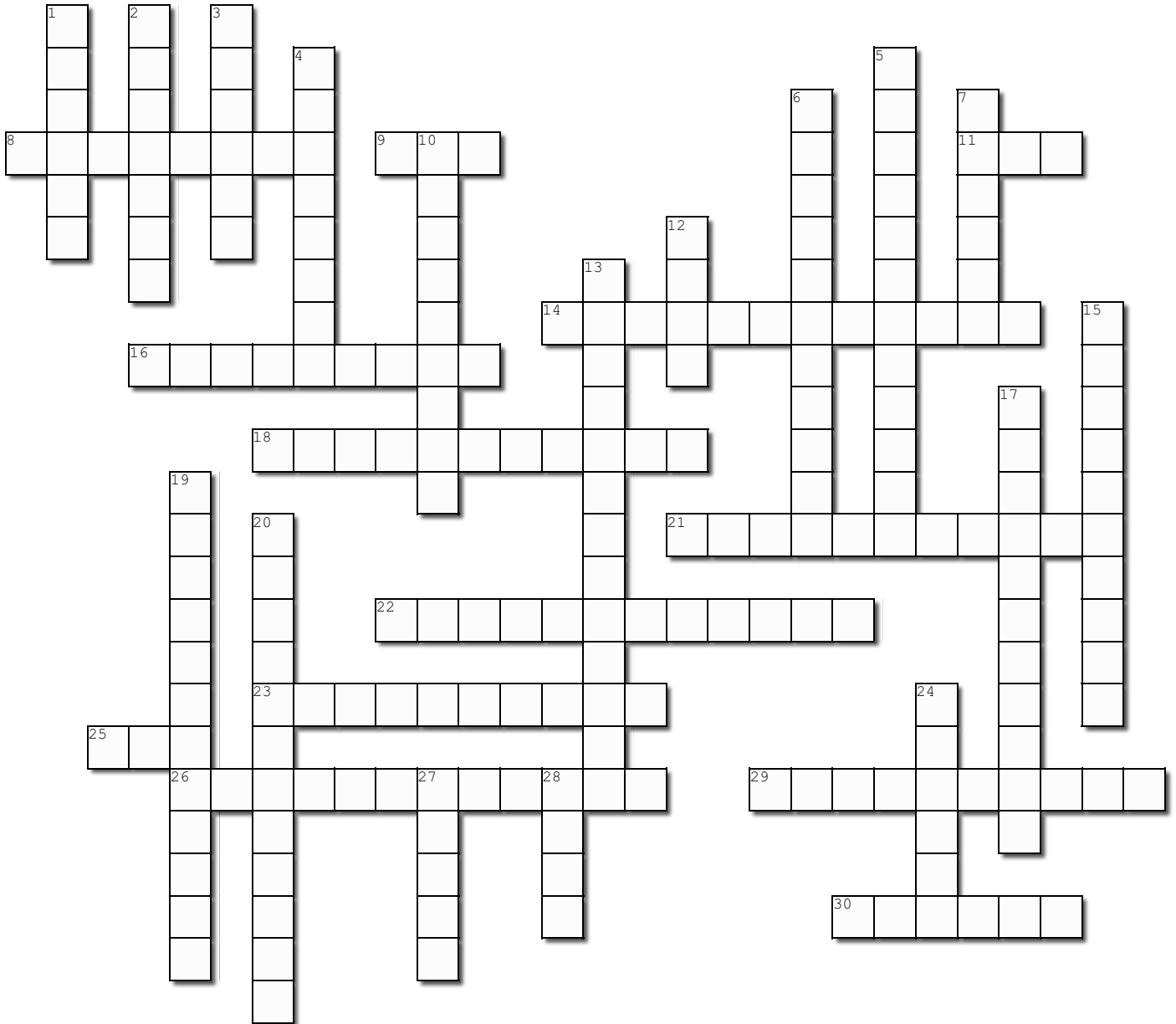
Nous avons commenté cet arrêt dans le podcast de janvier 2020.

Des pourvois ont été formés contre cette décision que la Chambre criminelle rejette dans son arrêt du 14 avril 2021.

À la suite de cet arrêt, le président de la République a déclaré : « Décider de prendre des stupéfiants et devenir alors 'comme fou' ne devrait pas à mes yeux supprimer votre responsabilité pénale ». Il a annoncé alors : « Je souhaite que le garde des Sceaux présente au plus vite un changement de la loi ». Nous recevons, aujourd'hui, Olivier Bachelet, magistrat, vice-président au tribunal judiciaire d'EVRY-COURCOURONNES et enseignant de droit pénal et de procédure pénale à l'ISP, pour faire le point sur cette décision.

<https://soundcloud.com/prepasp/laffaire-sarah-halimi-apres-larret-de-la-cour-de-cassation>

Mots croisés BMA53



Created using the Crossword Maker on TheTeachersCorner.net

Horizontal

- 8. Leader mondial de la signature électronique
- 9. La Prépa ou l'ENA ?
- 11. Elle est « écran » dans la théorie de Raymond Odent
- 14. Durée d'extinction de l'action en justice
- 16. Militaire célèbre depuis le 30 juillet 1873
- 18. Mouvement qui recherche l'autonomie
- 21. Modification proposée pour un texte
- 22. Recherche à domicile
- 23. Pratique active de mort douce
- 25. Article 61-1 de la Constitution
- 26. Réunion de personnes
- 29. Consultation de citoyens
- 30. Seigneur de Courroy, de Fouilloy et de l'Eglantier

Vertical

- 1. Opposée au piratage
- 2. Recherche de la vérité
- 3. Différend
- 4. Destruction méthodique
- 5. Acte malveillant via un réseau
- 6. Divorce unilatéral
- 7. Consacre la responsabilité de l'Etat
- 10. Ils sont 348 élus pour 6 ans
- 12. Rend le bracelet obligatoire
- 13. Nécessite l'abrogation de dispositions nationales
- 15. Consultation de citoyens
- 17. Dissimulation de la provenance de fonds
- 19. Enchères
- 20. Acquiescement
- 24. Patron de Twitter
- 27. Loi relative à la croissance des entreprises
- 28. SARL très limitée en nombre



CRISP

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation

