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

N° 54 – 2021

Sommaire

L'édito	p. 3
L'article du mois	p. 4
L'actualité	p. 9
Les vidéos, podcasts et autres ressources	p. 65



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

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation

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

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

L'article du mois

Brève présentation de la loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste

par Olivier Bachelet



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

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

Philippe MAZET

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

Franck TOURET

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

Jacob BERREBI

jacob.berrebi@prepa-isp.fr

Vanessa MAURICIO

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

Julie HABERMAN

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

18 rue de Varenne

75007 PARIS

01.42.22.30.60

<http://www.prepa-isp.fr>

RCS Paris 331 302 877



L'ISP est ouvert du lundi au vendredi
de 9h30 à 18h

Métro 12 : Rue du Bac ou Sèvres
Babylone

Métro 10 : Sèvres Babylone

— ou —

Bus : 68, 69, 83, 84, 94

Vous voulez passer les examens de l'avocature, de la magistrature ou passer les grands concours de la fonction publique, l'ISP propose, depuis plus de 35 ans, des formations dédiées et éprouvées.

**LES FORMATIONS DE L'INSTITUT SUPERIEUR DE
PREPARATION SUR :**<http://www.prepa-isp.fr>**Proposez-nous vos articles**

Le bulletin du CRISP est susceptible de publier vos articles de fond ou commentaires. Toute personne intéressée doit contacter le rédacteur en chef Franck TOURET (crisp@prepa-isp.fr) afin de lui proposer le thème et un résumé de sa proposition d'article (15 lignes maximum). Après avis favorable du rédacteur en chef et fixation d'un délai de remise, l'article sera soumis au Comité scientifique qui donnera une réponse dans les 15 jours.

L'édito

« L'attente est en proportion du bonheur qu'il prépare », Michel Dupuy, La source et le feu (1954)

Pour ceux qui attendent des résultats de concours ou d'examens, l'été va sembler long. Au contraire, ceux qui se préparent en vue d'épreuves en septembre, voient les jours défiler. La relativité temporelle est l'une des caractéristiques des années prépa...

Que pouvons-nous faire au-delà des polys, des cours, des concours blancs, des accompagnements, des zoomlive, des encouragements de base ?

Nous pouvons nous assurer que vous avez tous les éléments en mains pour réussir vos épreuves de la rentrée.

Alors voici un numéro spécial actualités ! Aussi, vous qui passez des examens et concours à la rentrée, soyez assurés que vous serez au fait des dernières réformes et des derniers arrêts dans vos matières de prédilection.

Soyez également assurés que l'on pense bien à vous !

Ps : Vous trouverez aussi à la fin de ce numéro, la libre contribution un peu folle et un peu géniale de l'un d'entre vous, qui a toute notre affection. Un peu de soleil et de sourire pour l'été...

Jacob Berrebi, professeur de droit civil à l'ISP

L'article du mois

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Brève présentation de la loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste

L'activité législative ne faiblit décidément pas à propos de la lutte contre les infractions sexuelles et intra-familiales.

Alors que la loi n° 2018-703 du 3 août 2018, renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, la loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019, visant à agir contre les violences au sein de la famille, et la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020, visant à protéger les victimes de violences conjugales, avaient déjà substantiellement modifié de nombreuses dispositions, notamment, du Code civil, du Code pénal et du Code de procédure pénale, la loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, a été publiée au *Journal officiel de la République Française* le 22 avril 2021.

Nous présenterons ici, de manière synthétique, les dispositions pénales de cette loi qui, conformément à l'article 1^{er} du Code civil, entrent en vigueur le 23 avril 2021. Il convient, toutefois, de rappeler que, conformément aux dispositions des alinéas 1^{er} et 2 de l'article 112-1 du Code pénal, « *sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis* » et seules peuvent « *être prononcées les peines légalement applicables à la même date* ». Les dispositions nouvelles concernent à la fois le droit pénal de fond (I) et le droit pénal de forme (II).

I - Les dispositions de droit pénal de fond

Il convient d'étudier les dispositions de droit pénal de fond relatives à la définition des

incriminations (A) et celles relatives à la répression (B).

A. Les dispositions relatives à la définition des incriminations

La diversité des dispositions de la loi du 21 avril 2021 impose de distinguer les dispositions modificatrices d'incriminations (1) des dispositions créatrices d'incriminations (2).

1. Les dispositions modificatrices d'incriminations

En premier lieu, le législateur a procédé à une extension du champ d'application de l'inceste, qui concerne désormais les grands-oncles et les grands-tantes, pour les agressions sexuelles dont le viol (article 222-22-3 du Code pénal) et pour les atteintes sexuelles (article 227-27-2-1 du Code pénal).

En deuxième lieu, la définition du viol est étendue puisqu'il s'applique désormais aux actes bucco-génitaux (article 222-23 du Code pénal). Cette extension constitue vraisemblablement une réaction à une affaire, ayant donné lieu à un arrêt du 14 octobre 2020 de la Chambre criminelle de la Cour de cassation (Cass. crim., 14 octobre 2020, n° 20-83.273), dans laquelle les juges du fond avaient estimé qu'un cunnilingus imposé ne pouvait constituer le crime de viol en l'absence de « *précision en termes d'intensité, de profondeur, de durée ou encore de mouvement* », de nature à établir « *une introduction volontaire au-delà de l'orée du vagin, suffisamment profonde pour caractériser un acte de pénétration* ».

En troisième lieu, la définition de l'agression sexuelle est également modifiée. Désormais, constitue également une agression sexuelle le fait, non seulement « *d'imposer à une personne, par violence, contrainte, menace ou surprise, le fait de subir une atteinte sexuelle de la part d'un tiers* », mais aussi « *de procéder sur elle-même à une telle atteinte* » (article 222-22-2 du Code

pénal).

En quatrième lieu, la définition du délit d'exhibition sexuelle est également étendue. L'infraction est, en effet, constituée, « *même en l'absence d'exposition d'une partie dénudée du corps* », lorsqu'« *est imposée à la vue d'autrui, dans un lieu accessible aux regards du public, la commission explicite d'un acte sexuel, réel ou simulé* » (article 222-32, alinéa 2, du Code pénal). La jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, aux termes de laquelle « *le délit d'exhibition sexuelle suppose que le corps ou la partie du corps volontairement exposé à la vue d'autrui soit ou paraisse dénudé* » (Cass. crim., 4 janvier 2006, n° 05-80.960), semble donc avoir vécue. L'objectif est, notamment, de punir les personnes semasturbant sous leurs vêtements.

2. Les dispositions créatrices d'incriminations

Le législateur a créé quatre nouvelles infractions dont la constatation ne nécessite pas d'établir l'existence de violence, contrainte, menace ou surprise. Au regard de leur champ d'application, ces infractions imposent de démontrer l'intention de leur auteur de les commettre et donc la connaissance par celui-ci du fait que la victime était mineure de quinze ans ou était mineure au moment des faits.

– **Viols.** Tout d'abord, constitue désormais un viol, « *tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis par un majeur sur la personne d'un mineur de quinze ans ou commis sur l'auteur par le mineur, lorsque la différence d'âge entre le majeur et le mineur est d'au moins cinq ans* ». Toutefois, la condition de différence d'âge n'est pas applicable « *si les faits sont commis en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage* » (article 222-23-1 du Code pénal).

Ensuite, constitue désormais un viol incestueux, « *tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis par un majeur sur la personne d'un mineur ou commis sur l'auteur par le mineur, lorsque le majeur est un ascendant ou toute autre personne mentionnée à l'article 222-22-3 [concernant l'inceste] ayant sur le mineur une*

autorité de droit ou de fait ». L'infraction est donc constituée quelle que soit la différence d'âge entre la victime et l'auteur.

Ces viols sont punis de vingt ans de réclusion criminelle (article 222-23-3 du Code pénal). La peine principale est portée à trente de réclusion criminelle si ces viols ont entraîné la mort, voire à la réclusion criminelle à la perpétuité lorsque les faits ont été précédés, accompagnés ou suivis de tortures ou d'actes de barbarie.

– **Agressions sexuelles.** Les définitions de ces nouveaux viols sont transposées aux agressions sexuelles. Ainsi, constitue désormais une agression sexuelle, « *toute atteinte sexuelle autre qu'un viol commise par un majeur sur la personne d'un mineur de quinze ans, lorsque la différence d'âge entre le majeur et le mineur est d'au moins cinq ans* ». Toutefois, là aussi, la condition de différence d'âge n'est pas applicable « *si les faits ont été commis en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage* » (article 222-29-2 du Code pénal). Par ailleurs, « *constitue une agression sexuelle incestueuse [...] toute atteinte sexuelle autre qu'un viol commise par un majeur sur la personne d'un mineur, lorsque le majeur est un ascendant ou toute autre personne mentionnée à l'article 222-22-3 [concernant l'inceste] ayant sur le mineur une autorité de droit ou de fait* ».

Ces agressions sexuelles sont punies principalement de dix ans d'emprisonnement et de 150.000 euros d'amende.

– **Coordination avec les infractions d'atteintes sexuelles.** La création d'infractions autonomes de viols et d'agressions sexuelles sur mineurs impose une coordination de la qualification d'atteintes sexuelles.

Ainsi, l'atteinte sexuelle par un majeur sur un mineur de quinze ans s'applique exclusivement hors les cas précités de viols et d'agressions sexuelles (article 227-25 du Code pénal). Elle présente un caractère subsidiaire par rapport à ces nouvelles incriminations, c'est-à-dire dans les hypothèses où l'auteur majeur et la victime mineure de quinze ans sont séparés par une différence d'âge inférieure à cinq ans.

L'atteinte sexuelle sur mineur de plus de quinze ans fonctionne également de façon subsidiaire

aux nouvelles incriminations (article 227-27 du Code pénal). Elle s'applique donc aux hypothèses où l'auteur majeur a sur la victime mineure de plus de quinze une autorité de droit ou de fait, sans être un membre de sa famille au sens de l'inceste, dont le champ est défini par l'article 222-22-3 du Code pénal.

Il est à noter que la surqualification pénale d'inceste prévue à l'article 227-27-2-1 du Code pénal ne recouvre pas le même périmètre que celui caractérisant le viol incestueux ou l'agression sexuelle incestueuse. Il reste donc possible que certaines atteintes sexuelles demeurent qualifiées d'incestueuses, notamment dans l'hypothèse de faits commis au sein d'une même fratrie où les membres impliqués de la famille n'aurait pas d'autorité sur les autres.

– **« Sextorsion »**. La loi du 21 avril 2021 crée, en outre, deux nouveaux délits.

Ainsi, l'article 227-22-2 du Code pénal dispose que le fait pour un majeur d'inciter un mineur, par un moyen de communication électronique, à commettre tout acte de nature sexuelle, soit sur lui-même, soit sur ou avec un tiers, y compris si cette incitation n'est pas suivie d'effet, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100.000 euros d'amende. Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 150.000 euros d'amende lorsque les faits ont été commis à l'encontre d'un mineur de quinze ans. Elles sont portées à dix ans d'emprisonnement et à un million d'euros d'amende si les faits ont été commis en bande organisée.

Par ailleurs, l'article 227-23-1 du Code pénal dispose que le fait pour un majeur de solliciter auprès d'un mineur la diffusion ou la transmission d'images, vidéos ou représentations à caractère pornographique dudit mineur est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100.000 euros d'amende. Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 150.000 euros d'amende lorsque les faits ont été commis à l'encontre d'un mineur de quinze ans. Elles sont portées à dix ans d'emprisonnement et à un million d'euros d'amende lorsque les faits ont été commis en bande organisée.

B. Les dispositions relatives à la répression

– **Exhibition sexuelle**. Au-delà de la modification

susmentionnée du champ de l'incrimination, le délit d'exhibition sexuelle voit ses peines principales aggravées lorsque les faits sont commis au préjudice d'un mineur de quinze ans. Dans ce cas, le délit fait désormais encourir principalement deux ans d'emprisonnement et 30.000 euros d'amende (article 222-32, alinéa 3, du Code pénal).

– **Atteintes sexuelles**. Les atteintes sexuelles, dont nous savons que le champ est cantonné aux mineurs victimes, voient également leur répression modifiée. Ainsi, pour les atteintes sexuelles sur mineurs de moins de quinze ans, les peines principales aggravées de dix ans d'emprisonnement et de 150.000 euros d'amende, qui concernaient jusque-là les faits commis « *par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* », s'appliquent désormais aux faits commis par « *personne majeure ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* » (article 227-26, 1°, du Code pénal).

La même modification est opérée pour les atteintes sexuelles sur mineurs de quinze ans et plus, sachant que les peines principales encourues sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 45.000 euros d'amende, au lieu de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 euros d'amende auparavant (article 227-27 du Code pénal).

– **Corruption de mineurs**. Les peines principales encourues sont également aggravées en matière de corruption de mineurs, délit prévu par l'article 227-22 du Code pénal. Avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, les peines principales de cinq ans d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende étaient portées à sept ans d'emprisonnement et 100.000 euros d'amende lorsque le mineur était âgé de moins de quinze ans, voire à dix ans d'emprisonnement et un million d'euros d'amende lorsque les faits avaient été commis en bande organisée.

À la suite de l'entrée en vigueur de la loi du 21 avril 2021, les peines principales sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 150.000 euros d'amende lorsque les faits ont été commis à l'encontre d'un mineur de quinze ans. Elles sont portées à dix ans d'emprisonnement et à un million d'euros d'amende lorsque les faits ont été commis en bande organisée.

Il est à noter que le délit s'applique désormais, notamment, non seulement au fait, commis par un majeur, d'organiser des réunions comportant des exhibitions ou des relations sexuelles auxquelles un mineur assiste ou participe, mais aussi au fait, commis par un majeur, « *d'assister en connaissance de cause à de telles réunions* ».

– **Recours à la prostitution et proxénétisme.** La loi du 21 avril 2021 aggrave, par ailleurs, la répression relative à l'infraction aggravée de recours à la prostitution prévue par l'article 225-12-2 du Code pénal. Désormais, dans les circonstances spécifiques visées par ce texte, en particulier lorsque les faits sont commis de façon habituelle ou à l'égard de plusieurs personnes ou lorsque l'auteur a utilisé un réseau de communication pour entrer en contact avec la personne prostituée, les peines principales encourues sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100.000 euros d'amende. Par ailleurs, hors les cas dans lesquels ces faits constituent un viol ou une agression sexuelle (en particulier, lorsque les faits sont commis par un mineur), les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 150.000 euros d'amende lorsque les faits de recours à la prostitution concernent un mineur de quinze ans.

En outre, la nouvelle loi aggrave la peine privative de liberté encourue en matière de proxénétisme à l'égard d'un mineur de quinze ans. La peine désormais encourue est de vingt de réclusion criminelle au lieu de quinze ans auparavant.

– **Peine complémentaire d'interdiction d'exercer une activité au contact des mineurs.** La loi du 21 avril 2021 insère un nouvel article 222-48-4 dans le Code pénal. Aux termes de ce texte, en cas de condamnation pour une infraction de viol ou d'agression sexuelle commise sur un mineur, la peine complémentaire d'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou bénévole impliquant un contact habituel avec des mineurs, prévue au 3° de l'article 222-45 du même Code, est prononcée à titre définitif. La juridiction peut, toutefois, par une décision spécialement motivée, décider de ne pas prononcer cette peine en considération des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ou de la prononcer pour une durée de dix ans au plus. Les mêmes règles sont prévues par le nouvel

article 227-31-1 du Code pénal, également inséré par la loi du 21 avril 2021. Ainsi, en cas de condamnation pour l'une des infractions demises en péril des mineurs, de nature sexuelle, prévue par les articles 227-22 et suivants du Code pénal, la peine complémentaire d'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou bénévole impliquant un contact habituel avec des mineurs, prévue au 6° de l'article 227-29 du même Code, est prononcée à titre définitif. La juridiction peut, toutefois, par une décision spécialement motivée, décider de ne pas prononcer cette peine en considération des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ou de la prononcer pour une durée de dix ans au plus.

II - Les dispositions de droit pénal de forme

– **Prescription de l'action publique.** La loi du 21 avril 2021 crée une hypothèse de prolongation du délai de prescription de l'action publique, dite « *glissante* ». Ainsi, les articles 7 et 8 du Code de procédure pénale disposent désormais, pour les crimes mentionnés à l'article 706-47 du même Code – dont les crimes de viols – et pour les délits d'agression sexuelle ou d'atteinte sexuelle commis sur un mineur, qu'en cas de commission sur un autre mineur par la même personne, avant l'expiration du délai de prescription concernant la première infraction, d'un nouveau viol, d'une agression sexuelle ou d'une atteinte sexuelle, le délai de prescription de cette première infraction est prolongé, le cas échéant, jusqu'à la date de prescription de la nouvelle infraction.

En outre, l'article 9-2 du Code de procédure pénale a été modifié pour prévoir désormais, dans son dernier alinéa, que le délai de prescription d'un viol, d'une agression sexuelle ou d'une atteinte sexuelle commise sur un mineur est interrompu par l'un des actes interruptifs ou l'une des décisions interruptives mentionnés par ce texte intervenu dans une procédure dans laquelle est reprochée à la même personne une de ces mêmes infractions commises sur un autre mineur.

Par ailleurs, l'article 8 du Code de procédure pénale a été modifié pour prévoir désormais, s'agissant du délit de non-dénonciation de mauvais traitement sur mineur, prévu et réprimé par l'article 434-3 du Code pénal, que, lorsque le défaut d'information concerne une agression ou une atteinte sexuelle commise sur un mineur, ce

délit ce prescrit par dix années révolues à compter de la majorité de la victime et, lorsque le défaut d'information concerne un viol commis sur un mineur, par vingt années révolues à compter de la majorité de la victime.

– Procédure applicable aux infractions de nature sexuelle et à la protection des mineurs victimes.

Cette procédure spécifique, dont le champ d'application est prévu par l'article 706-47 du Code de procédure pénale, voit son domaine étendu aux tentatives d'atteinte sexuelle ainsi qu'au délit d'incitation à commettre un crime ou un délit à l'encontre d'un mineur.

– Fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes. L'article 706-53-2 du Code de procédure pénale, concernant ce fichier, est modifié de sorte que, désormais, est prévue l'inscription automatique des décisions concernant les délits prévus par l'article 706-47 précité du même Code lorsque la victime est mineure, quel que soit le quantum de la peine encourue. Toutefois, s'il s'agit d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement inférieure à cinq ans, la juridiction peut, par décision spécialement motivée, dire que la décision ne sera pas inscrite au fichier.

		VICTIME MINEURE		
		<i>Agée de moins de quinze ans ET cinq ans au moins plus jeune que l'auteur majeur</i>	<i>Agée de moins de quinze ans ET moins de cinq ans de différence d'âge avec l'auteur majeur</i>	<i>Agée de quinze ans à dix-huit ans</i>
VIOLS, AGRESSIONS SEXUELLES ET ATTEINTES SEXUELLES SUR MINEUR <i>(à la suite de la loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste)</i>	<i>Pénétration ou acte bucco-génital</i>	Viol aggravé (art. 222-24)		Viol (art. 222-23)
	<i>Ni pénétration ni acte bucco-génital</i>	Agression sexuelle aggravée (art. 222-29-1)		Agression sexuelle (art. 222-27)
Acte sexuel commis avec violence, contrainte, menace ou surprise	<i>Pénétration ou acte bucco-génital</i>	Viol (art. 222-23-1)	Atteinte sexuelle (art. 227-25)	Pas d'infraction
	<i>Ni pénétration ni acte bucco-génital</i>	Agression sexuelle (art. 222-29-2)		Pas d'infraction
Acte sexuel commis par un auteur majeur sans violence, ni contrainte, ni menace, ni surprise	<i>Pénétration ou acte bucco-génital de nature incestueuse</i>	Viol incestueux (art. 222-23-2)		
	<i>Ni pénétration, ni acte bucco-génital, mais de nature incestueuse</i>	Agression sexuelle incestueuse (art. 222-29-3)		
Acte sexuel commis par un auteur majeur ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait sans violence, ni contrainte, ni menace, ni surprise	<i>Pénétration ou acte bucco-génital</i>	Viol (art. 222-23-1)	Atteinte sexuelle aggravée (art. 227-26)	Atteinte sexuelle (art. 227-27)
	<i>Ni pénétration, ni acte bucco-génital</i>	Agression sexuelle (art. 222-29-2)	Atteinte sexuelle aggravée (art. 227-26)	Atteinte sexuelle (art. 227-27)

L'actualité

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 2 mars 2021, n° 20-80.482 : usurpation du titre d'avocat et exercice illégal de la profession : infractions continuées et règle « non bis in idem »

En l'espèce, le procureur de la République a fait citer un individu pour avoir exercé illégalement la profession d'avocat courant 2016. L'ordre des avocats a également fait citer l'intéressé pour avoir, entre 2011 et 2015, usurpé le titre d'avocat et exercé illégalement cette profession en ayant assisté un justiciable à l'occasion d'un litige prud'homal. Le tribunal correctionnel, après avoir ordonné la jonction des poursuites, a déclaré le prévenu coupable des faits visés à la prévention, ce qui a été confirmé par la Cour d'appel.

Au soutien de son pourvoi, le prévenu invoquait, en premier lieu, la prescription de l'action publique. À ce propos, les juges du fond avaient souligné que la citation du ministère public visait des faits d'exercice illégal de la profession d'avocat commis courant 2016, tandis que celle délivrée par l'ordre des avocats visait des faits ainsi que l'usurpation du titre d'avocat commis entre 2011 et 2015. Ils en avaient déduit que ces faits constituaient un tout indivisible d'infractions continues qui n'était pas prescrit au moment du premier acte d'investigation. Dans son arrêt du 2 mars 2021, la Chambre criminelle affirme que, si c'est à tort que les juges ont retenu que les infractions d'exercice illégal de la profession d'avocat et d'usurpation du titre d'avocat étaient des délits continus, l'arrêt n'encourt pas pour autant la censure. En effet, ces faits d'exercice illégal de la profession d'avocat et d'usurpation du titre d'avocat procèdent d'un « *mode opératoire unique* », expression qui renvoie à la notion d'« *infractions continuées* ». Par ailleurs, la prescription, qui n'a

pu commencer à courir pour l'ensemble des faits, au plus tôt, qu'à compter du dernier acte qui caractérise l'infraction d'exercice illégal de la profession d'avocat, ne saurait être acquise, au jour du soit-transmis du procureur de la République intervenu courant 2017.

En second lieu, le prévenu invoquait une violation de la règle « non bis in idem » en ce que l'arrêt attaqué l'avait déclaré coupable des chefs d'usurpation du titre d'avocat et d'exercice illégal de la profession d'avocat, alors que ces faits procèdent de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable. Sur ce point, la Haute juridiction judiciaire souligne que, pour déclarer le prévenu coupable des faits d'usurpation du titre d'avocat et d'exercice illégal de cette profession, l'arrêt attaqué retient, notamment, que l'intéressé s'est présenté comme étant avocat et qu'il a apporté une assistance juridique, en particulier en rédigeant plusieurs actes de procédure produits devant les juridictions prud'homales. Or, en se prononçant de la sorte, les juges du fond ne se sont pas expliqués sur le caractère distinct des faits constitutifs d'usurpation du titre d'avocat de ceux qui caractérisent l'exercice illégal de cette profession. La cassation est donc prononcée de ce chef.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 23 mars 2021, n° 20-82.416 : applicabilité de l'exigence d'impartialité aux enquêteurs et dol *praeter intentionnel*

En l'espèce, des plaintes avec constitution de partie civile avaient été déposées à la suite du décès d'un individu, survenu dans la nuit du 25 au 26 octobre 2014, lors d'affrontements avec les forces de l'ordre sur le site destiné à la construction d'un barrage. Les juges

d'instruction du premier degré ont rendu une ordonnance de non-lieu, confirmée par la Chambre de l'instruction. Les parties civiles ont formé un pourvoi en cassation.

En premier lieu, le pourvoi invoquait une méconnaissance du droit à un procès équitable en ce que, notamment, les investigations avaient été confiées à une gendarmerie d'une commune limitrophe de celle de la gendarmerie à laquelle appartenaient les gendarmes susceptibles d'avoir commis les faits reprochés. Dans son arrêt du 23 mars 2021, la Chambre criminelle rejette ce moyen en affirmant que les griefs allégués ne sont pas de nature à caractériser un manquement au devoir d'impartialité des enquêteurs et des juges d'instruction. En effet, tout d'abord, le recours à un service de gendarmerie limitrophe pour effectuer l'enquête de flagrance n'a pas porté atteinte au caractère équitable et contradictoire de la procédure ni compromis l'équilibre des droits des parties. Ensuite, le seul rejet des demandes d'actes d'instruction par les magistrats chargés de l'information, dont la Chambre de l'instruction a souverainement estimé qu'ils n'étaient pas nécessaires, n'est pas de nature à créer à l'encontre des magistrats instructeurs un doute raisonnable, objectivement justifié, de nature à faire douter de leur impartialité. Enfin, la connivence invoquée entre les enquêteurs et les magistrats instructeurs reste à l'état de simple allégation.

En deuxième lieu, le pourvoi critiquait la décision des juges du fond en ce qu'ils avaient confirmé l'ordonnance de non-lieu aux termes de laquelle il ne résulte pas de l'information de charges suffisantes contre quiconque d'avoir commis l'infraction de violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner. Néanmoins, là aussi, la Haute juridiction judiciaire écarte le moyen en considérant que les juges du fond ont justifié la mise en œuvre combinée des articles 122-4 du Code pénal, concernant l'autorisation de la loi, et L. 211-9 du Code de la sécurité intérieure, relatif aux conditions de dissipation par la force publique d'un attroupement. En effet, il a été établi, compte tenu des circonstances, le caractère absolument nécessaire et proportionné de l'usage d'une grenade dont le type était alors autorisé. Par ailleurs, ni les sommations, ni le tir préalable de fusées ne sont requis par l'article L.

211-9, alinéa 6, du Code de la sécurité intérieure en cas de violences ou de voies de fait contre les forces de l'ordre ou d'impossibilité de défendre autrement le terrain qu'elles occupent.

En troisième lieu, le pourvoi critiquait l'arrêt attaqué en ce qu'il a confirmé l'ordonnance de non-lieu aux termes de laquelle il ne résulte pas de l'information des charges suffisantes d'avoir commis l'infraction d'homicide involontaire. Ici aussi, la Cour de cassation écarte le moyen en estimant que l'arrêt attaqué a pu, à bon droit, énoncer que le jet de grenade par le militaire mis en cause était intentionnel, même si celui-ci n'avait pas l'intention d'atteindre les manifestants. En effet, les juges du fond ont souverainement apprécié que les faits ne pouvaient pas recevoir la qualification d'homicide involontaire, le tir de grenade destiné à impressionner les manifestants étant volontaire, quel qu'en soit le mobile et quand bien même le mis en cause n'aurait pas voulu les conséquences qui en sont résultées.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 30 mars 2021, n° 20-86.358 : les motifs du refus d'homologation d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité énumérés par la loi ne sauraient limiter le pouvoir d'appréciation du juge chargé de se prononcer sur l'homologation

En l'espèce, dans le cadre d'une information judiciaire, le juge d'instruction a prononcé la disjonction de l'affaire concernant un mis en examen et renvoyé ce dernier devant le procureur de la République pour mise en œuvre d'une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

Le juge du siège refusait d'homologuer la proposition de peine du procureur, acceptée par le mis en examen, en considérant que la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité n'était pas adaptée, les deux autres mis en examen ayant refusé une telle procédure. La motivation exposée dans

l'ordonnance du juge du siège était la suivante : ce refus d'homologation permettra au tribunal correctionnel, éventuellement saisi à l'issue de l'information, de statuer en cohérence sur le rôle de chacun des mis en examen et sur leur connaissance des faits reprochés. Le procureur formait un pourvoi en cassation contre cette ordonnance. En refusant d'homologuer la peine proposée sur des motifs de pure opportunité, le juge du siège aurait commis un excès de pouvoir.

Dans son arrêt du 30 mars 2021, la Chambre criminelle rappelle qu'aucun texte n'envisageant la possibilité d'un recours contre l'ordonnance de refus d'homologation des peines proposées par le procureur de la République dans le cadre d'une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, un pourvoi en cassation contre une telle décision n'est possible que si son examen fait apparaître un risque d'excès de pouvoir relevant du contrôle de la Cour de cassation.

La Cour de cassation considère, par ailleurs, qu'il se déduit de la réserve d'interprétation énoncée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2004-492 DC du 2 mars 2004 que le principe de séparation des autorités de poursuite et de jugement commande que le président du tribunal judiciaire ou son délégué exerce, lors de l'audience d'homologation de la peine proposée, son plein office de juge du fond. Elle en déduit que les motifs de refus d'homologation, énumérés par les articles 495-9, 495-11 et 495-11-1 du Code de procédure pénale, ne sauraient limiter son pouvoir d'appréciation. En conséquence, le pourvoi du procureur de la République est déclaré irrecevable.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 11 mai 2021, n° 21-81.277 : obligation de notification du droit au silence par le juge des libertés et de la détention statuant en matière de mesures de sûreté et portée de la méconnaissance de ce droit

En l'espèce, la prolongation de la détention provisoire d'une personne mise en examen a été décidée par le juge des libertés et de la détention. L'intéressé ayant vainement interjeté appel de cette décision, un pourvoi en cassation a été formé au motif, pour l'essentiel, que la personne qui comparait devant le juge des libertés et de la détention en vue de son placement en détention provisoire ou de la prolongation de celle-ci, doit être informée de son droit, au cours des débats, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire.

Dans son arrêt du 11 mai 2021, la Chambre criminelle rejette le pourvoi en adoptant un raisonnement en deux temps. Dans un premier temps, elle rappelle sa jurisprudence récente selon laquelle 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 des personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont le juge d'instruction est saisi (Cass. crim., 27 janvier 2021, n° 20-85.990). Elle rappelle également qu'il en découle le droit, pour la personne mise en examen comparissant à l'audience de la Chambre de l'instruction et pouvant 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, de se voir notifier son droit, au cours des débats, de faire des déclarations, de répondre aux questions posées ou de se taire (Cass. crim., 24 février 2021, n° 20-86.537).

La Haute juridiction judiciaire étend cette solution en affirmant que ce droit doit également être notifié lors du débat contradictoire devant le juge des libertés et de la détention, tenu par la même exigence de s'assurer, parmi les conditions légales de la détention provisoire, de l'existence de tels indices graves ou concordants à l'encontre de la personne déférée et ce, à tous les stades de la procédure. Cette formalité doit être accomplie par ce magistrat nonobstant la notification du droit de se taire par l'officier de police judiciaire lors de la garde à vue, ou par le juge d'instruction lors de l'interrogatoire de

première comparution, ou nonobstant la remise, lors de la première comparution devant le juge des libertés et de la détention, du document énonçant les droits prévus à l'article 803-6 du Code de procédure pénale.

Pour autant, dans un second temps, la Cour de cassation rappelle aussi qu'elle juge que le défaut de notification, à la personne mise en examen qui comparaît 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, qui n'est pas amenée à statuer sur le bien-fondé de la mise en examen, lequel relève d'un contentieux distinct de celui des mesures de sûreté. Il a pour seule conséquence que les déclarations faites à l'audience par 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, précité).

Logiquement, la Chambre criminelle estime qu'il en va de même en cas de défaut de notification du droit de se taire devant le juge des libertés et de la détention, auquel il n'appartient pas davantage de statuer sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale. Il n'en demeure pas moins que la personne concernée pourra, par la suite, exciper dans les suites de la procédure, en cas d'utilisation de propos irrégulièrement recueillis devant le juge des libertés et de la détention, d'une atteinte à ses intérêts dans l'administration de la preuve par les juridictions prononçant un renvoi devant la juridiction de jugement ou une déclaration de culpabilité, les juges devant alors apprécier l'équité de la procédure dans sa globalité.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 11 mai 2021, n° 20-86.182 et n° 20-82.415 : conditions de régularité de l'exploitation d'une opération de sonorisation

entreprise dans le cadre d'une procédure distincte

En l'espèce, dans le cadre d'une information judiciaire ouverte des chefs, notamment, de tentatives d'extorsion en bande organisée et d'association de malfaiteurs en vue de commettre notamment les crimes de tentatives d'extorsion de fonds en bande organisée, plusieurs nullités furent soulevées par le mis en examen.

En premier lieu, était invoquée la nullité d'une opération de géolocalisation dynamique d'un véhicule aux motifs de l'absence de la date et de l'heure de la pose du dispositif et de l'absence de la date et de l'heure du début d'enregistrement. La Chambre criminelle rejette ce moyen. En effet, selon elle, le demandeur ne saurait se faire un grief que ne figure en procédure ni l'heure de l'installation effective du dispositif, mais seule celle à laquelle l'officier de police judiciaire en a été informé, ni celle de début d'enregistrement, dès lors, notamment, qu'il résulte des mentions des procès-verbaux que les opérations de mise en place du dispositif de géolocalisation n'ont eu lieu ni en urgence, en application de l'article 230-35 du Code de procédure pénale et ne nécessitaient dès lors pas une décision écrite du magistrat dans un délai de vingt-quatre heures pour la poursuite des opérations, ni dans un lieu privé, au sens de l'article 230-34 dudit Code, imposant une autorisation écrite du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention, selon l'heure de pose.

En deuxième lieu, était critiqué le refus d'annuler le versement au dossier de la procédure de l'intégralité des enregistrements réalisés dans le cadre d'une autre procédure lors de la sonorisation d'une cellule à la prison des Baumettes ainsi que les actes d'exploitation de cet enregistrement et tous les actes subséquents. Là aussi, le moyen, qui invoquait l'absence de fondement textuel d'une telle pratique, est rejeté. La Chambre criminelle affirme qu'aucune disposition conventionnelle ou légale n'interdit au juge d'instruction, agissant en application de l'article 81 du Code de procédure pénale, d'exploiter dans le cadre d'une procédure pénale une mesure de sonorisation ordonnée dans le cadre d'une autre procédure.

En troisième lieu, toutefois, la Cour de cassation fait droit au moyen consistant à critiquer le refus d'annuler l'exploitation d'une copie de travail des enregistrements provenant de la sonorisation d'une cellule à la prison des Baumettes postérieurement au placement sous scellés de ces enregistrements et tous les actes subséquents. Pour ce faire, la Chambre criminelle rappelle que, conformément aux dispositions de l'article 706-100 du Code de procédure pénale, les enregistrements sonores ou audiovisuels résultant de l'exploitation d'un dispositif de sonorisation ou de fixation d'images doivent être placés sous scellés, de sorte que les officiers de police judiciaire ne peuvent détenir une copie de ces enregistrements que pour les besoins et dans le temps de l'exécution de la mission confiée par le juge d'instruction. Or, en l'espèce, il est établi que les enquêteurs ont procédé à la rédaction du procès-verbal litigieux sur le fondement d'une copie de travail qu'ils avaient conservée alors qu'ils avaient achevé la mission que leur avait confiée le juge d'instruction.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 11 mai 2021, n° 20-82.267 : quelques spécificités procédurales applicables au majeur protégé

En l'espèce, dans le cadre d'une enquête préliminaire du chef de viol sur mineur de 15 ans, un individu, placé sous la curatelle renforcée de sa mère, a fait l'objet d'un placement en garde à vue, à 10 heures 15 et, dès notification de ses droits, a demandé à être examiné par un médecin. De 10 heures 15 à 13 heures 55, les enquêteurs ont procédé à la perquisition de son casier professionnel et de son domicile ainsi qu'à la fouille de son véhicule. De 14 heures 55 à 16 heures 25, le médecin requis par les enquêteurs a examiné l'intéressé et a établi un certificat médical aux termes duquel son état de santé était « *non compatible* » avec une mesure de garde à vue « *sans traitement* » et « *avant examen par un médecin psychiatre* ». Par la suite,

une fois le traitement du gardé à vue déterminé, le même médecin a établi, à 17 heures 30, un nouveau certificat médical mentionnant que l'état de santé de l'intéressé était compatible avec la mesure privative de liberté, à condition que le traitement prescrit fût délivré. Le suspect a alors été entendu à 17 heures 45. Deux jours plus tard, le procureur de la République a ouvert une information judiciaire contre l'intéressé des chefs de viol sur mineur de 15 ans, agression sexuelle sur mineur de 15 ans et pédopornographie. Mis en examen, il a saisi la Chambre de l'instruction d'une requête en nullités du réquisitoire introductif et de son interrogatoire de première comparution ainsi que de sa garde à vue et des perquisitions et fouille réalisées par les enquêteurs.

En premier lieu, le mis en examen invoquait la nullité du réquisitoire introductif pris à son encontre au motif que sa curatrice n'avait pas été informée de cet acte, en méconnaissance de l'article 706-113 du Code de procédure pénale aux termes duquel le curateur ou le tuteur d'une personne majeure protégée doit être avisé des poursuites dont elle fait l'objet. Selon la Chambre criminelle, si le réquisitoire introductif, lorsqu'il est pris contre personne dénommée, constitue à l'égard des personnes qu'il vise un acte de poursuite au sens du texte susvisé et si, au cas présent, le réquisitoire a été pris contre le mis en examen, l'arrêt n'encourt pas pour autant la censure. C'est, en effet, seulement au moment où ledit réquisitoire introductif est porté à la connaissance du majeur protégé que le curateur ou le tuteur de l'intéressé doit être avisé, afin d'être mis en mesure de l'assister dans les choix qu'il devra exercer en application des articles 80-2 et 116 du Code de procédure pénale concernant les formes de la mise en examen. En d'autres termes, c'est au juge d'instruction, et non au parquet, qu'il incombe de procéder à l'avis du tuteur ou du curateur. Il en résulte que la délivrance du réquisitoire introductif ne saurait être entachée de nullité par la méconnaissance de cette obligation et que cet acte saisit régulièrement le juge d'instruction des faits qui y sont visés.

En deuxième lieu, le mis en examen invoquait la nullité de la garde à vue dont il avait été l'objet au motifs pris, d'une part, de la tardiveté de l'examen médical, d'autre part, de la poursuite de cette mesure alors que le premier

certificat médical concluait que l'état de santé du suspect n'était pas compatible avec celle-ci. Néanmoins, la Cour de cassation rejette ce moyen en affirmant que, si avant d'avoir pris connaissance du traitement médical de l'intéressé, le médecin requis a subordonné la poursuite de la mesure de garde à vue à l'examen de celui-ci par un psychiatre, ce même médecin, après avoir pris connaissance du traitement de l'intéressé, a conclu que son état de santé était compatible avec cette mesure sous réserve du respect de ce traitement et sans qu'il soit nécessaire de procéder à un examen psychiatrique. En d'autres termes, l'absence de grief permet de considérer la mesure de garde à vue comme régulière, nonobstant l'incertitude relative au respect du délai de trois heures prévu par l'article 63-3 du Code de procédure pénale.

En troisième lieu, le mis en examen invoquait la nullité des perquisitions entreprises au motif que sa curatrice n'avait pas été informée au préalable de ces actes. Là aussi, la Haute juridiction judiciaire rejette le moyen au motif que l'absence d'information de la curatrice de l'intéressé n'a pas porté atteinte à son droit à un procès équitable. En effet, d'une part, aucun interrogatoire n'a eu lieu lors de ces mesures, de sorte que les droits de la défense ont été respectés. D'autre part, le mis en examen n'a pas contesté l'authenticité des biens saisis. Enfin, les enquêteurs qui ignoraient la mesure de protection dont le suspect faisait l'objet, aucun élément recueilli au cours de l'enquête, avant les perquisitions, n'étant de nature à faire naître un doute sur l'existence de celle-ci, n'ont pas agi de façon déloyale.

En l'espèce, une personne poursuivie pour des infractions routières avait été déclarée coupable et condamnée, notamment, à quinze jours d'emprisonnement. Au soutien de son pourvoi en cassation, le prévenu reprochait à l'arrêt attaqué de l'avoir condamné à quinze jours d'emprisonnement sans sursis, alors que, selon l'article 132-19, alinéa 1er, du Code pénal dans sa version issue de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, applicable depuis le 24 mars 2020, les peines d'emprisonnement égales ou inférieures à un mois ne peuvent plus être prononcées.

Dans son arrêt du 11 mai 2021, la Chambre criminelle casse l'arrêt de la Cour d'appel au visa de l'article 112-1 du Code pénal et de l'article 132-19, alinéa 1er, précité du même Code. Selon la Haute juridiction judiciaire, cette dernière disposition, qui ne peut être interprétée comme instaurant une peine minimale, a pour objectif de supprimer les courtes peines d'emprisonnement et de les remplacer par des peines alternatives. Ainsi, en prononçant une peine de quinze jours d'emprisonnement alors que l'interdiction des peines d'emprisonnement inférieures ou égales à un mois ferme est une disposition de pénalité moins sévère applicable aux infractions commises avant son entrée en vigueur, la Cour d'appel a méconnu le 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., 11 mai 2021, n° 20-85.464 : l'interdiction du prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme égale ou inférieure à un mois est une disposition de pénalité moins sévère applicable aux infractions commises avant son entrée en vigueur, le 24 mars 2020

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 11 mai 2021, n° 20-85.576 : application dans le temps et mise en œuvre des règles encadrant le recours à une peine ferme d'emprisonnement supérieure à six mois et inférieure ou égale à un an, non aménagée, telles qu'elles résultent de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019

En l'espèce, déclarées coupables des chefs d'exécution d'un travail dissimulé et de marchandage, pour des faits commis en 2016 et en 2017, deux personnes ont été condamnées, la première, à cinq mois d'emprisonnement avec sursis, 10.000 euros d'amende et dix ans d'interdiction de gérer une entreprise

commerciale, la seconde, à cinq mois d'emprisonnement, avec révocation totale d'un précédent sursis assortissant une peine de trois mois d'emprisonnement et 10.000 euros d'amende. Au soutien de leurs pourvois, les prévenus critiquaient la nature et la motivation des peines prononcées. Pour y répondre, la Chambre criminelle prend en compte, d'une part, la portée de l'exigence de motivation et, d'autre part, les règles encadrant le recours à une peine ferme d'emprisonnement supérieure à six mois et inférieure ou égale à un an, non aménagée, telles qu'elles résultent de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019.

S'agissant, **en premier lieu**, de la portée de l'exigence de motivation des peines, la Cour de cassation rappelle que l'article 74 de la loi précitée du 23 mars 2019 a créé dans le Code de procédure pénale un nouvel article 485-1 aux termes duquel, sans préjudice des dispositions prévoyant la motivation spéciale de certaines peines, notamment des peines non aménagées d'emprisonnement ferme, la motivation doit porter sur le choix de la peine au regard des dispositions des articles 132-1 et 132-20 du Code pénal, sauf s'il s'agit d'une peine obligatoire ou de la confiscation du produit ou de l'objet de l'infraction. Elle rappelle également que les lois relatives à la motivation des peines sont des lois de procédure applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur en vertu de l'article 112-2, 2° du Code pénal (Cass. crim., 3 octobre 1994, n° 93-85.633), de sorte que l'article 485-1 est applicable immédiatement au jugement des infractions commises avant son entrée en vigueur.

Faisant application des dispositions de l'article 132-1 du Code pénal, aux termes desquelles « *la juridiction détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale* », la Chambre criminelle estime qu'en l'espèce, la motivation des peines concernant la première prévenue est suffisante. À ce propos, elle souligne que la prévenue n'a comparu, ni devant les premiers juges, ni devant la Cour d'appel après avoir fait l'objet d'une première décision de condamnation et n'a fourni, ni fait fournir à la juridiction, à aucun de ces stades, d'éléments sur

sa personnalité et sa situation personnelle ainsi que sur le montant de ses charges. Or, selon elle, il n'incombe pas aux juges, en possession des seuls éléments mentionnés en procédure sur ces différents points, de rechercher ceux qui ne leur auraient pas été soumis. Par ailleurs, en l'absence d'autres éléments portés à leur connaissance, les juges peuvent fonder leur appréciation de la personnalité du prévenu sur le seul casier judiciaire.

Quant, **en second lieu**, aux règles encadrant le recours à une peine ferme d'emprisonnement supérieure à six mois et inférieure ou égale à un an, non aménagée, la Cour de cassation souligne que l'arrêt attaqué, relatif à des faits commis en 2016 et en 2017, a été rendu après l'entrée en vigueur, le 24 mars 2020, des dispositions relatives aux peines et à leur aménagement issues de la loi précitée du 23 mars 2019. Selon la Chambre criminelle, il importe donc de déterminer, tout d'abord, si les dispositions relatives à l'aménagement des peines d'emprisonnement sans sursis supérieures à un mois et inférieures ou égales à un an, qui figurent à l'article 74 de ladite loi, lequel modifie ou crée notamment les articles 132-19, 132-25 du Code pénal et 464-2, 474 et 723-15 du Code de procédure pénale, doivent s'appliquer aux condamnations prononcées pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi précitée. À ce propos, elle estime que les nouvelles dispositions relatives à l'aménagement des peines d'emprisonnement supérieures à un mois et inférieures ou égales à un an, d'une part, forment un ensemble cohérent dont les éléments sont indissociables et, d'autre part, n'ont pas pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées, de sorte qu'elles sont applicables au jugement des faits commis antérieurement à leur entrée en vigueur.

Ensuite, la Haute juridiction judiciaire souligne que le second prévenu a été condamné à cinq mois d'emprisonnement et a fait l'objet d'une révocation totale d'un sursis de trois mois assortissant une condamnation antérieure, de sorte qu'en application des dispositions de l'article D. 48-1-1 du Code de procédure pénale, il doit être considéré, au regard des règles relatives à l'aménagement des peines, comme ayant été condamné au total à huit mois d'emprisonnement ferme. Or, il résulte des

dispositions des articles 132-19 et 132-25 du Code pénal, dans leur rédaction issue de la loi du 23 mars 2019, applicables à partir du 24 mars 2020 que, si la peine ferme d'emprisonnement prononcée est supérieure à six mois et inférieure ou égale à un an, la peine doit être aménagée si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle.

En outre, conformément aux dispositions de l'article 464-2 du Code de procédure pénale, la juridiction de jugement qui prononce une peine d'emprisonnement ferme supérieure à six mois ou inférieure ou égale à un an doit soit ordonner son aménagement en déterminant la mesure adaptée, soit si elle ne dispose pas d'éléments lui permettant de déterminer celle-ci, ordonner la convocation du condamné devant le juge de l'application des peines, soit, s'agissant d'une peine d'au moins six mois, délivrer un mandat de dépôt à effet différé, soit, dans les cas prévus aux articles 397-4, 465 et 465-1 du Code de procédure pénale, décerner un mandat de dépôt ou d'arrêt contre le condamné. Si le juge décerne un mandat d'arrêt ou de dépôt, à effet différé ou non, il doit motiver sa décision au regard des faits de l'espèce, de la personnalité et de la situation matérielle, familiale et sociale du condamné.

Ainsi, si la peine d'emprisonnement prononcée est supérieure à six mois et inférieure ou égale à un an, l'aménagement de la peine est le principe. La juridiction de jugement ne peut écarter l'aménagement que si elle constate que la situation ou la personnalité du condamné ne permettent pas son prononcé ou si elle relève une impossibilité matérielle de le faire. Dans ce cas, elle doit motiver spécialement sa décision, de façon précise et circonstanciée, au regard des faits de l'espèce, de la personnalité et de la situation matérielle, familiale et sociale du condamné. Elle doit, en outre, si elle ne décerne aucun mandat de dépôt ou d'arrêt en application des articles 397-4, 465 et 465-1 du Code de procédure pénale, délivrer un mandat de dépôt à effet différé. Il s'en déduit que la juridiction de jugement ne peut refuser d'aménager la peine au motif qu'elle ne serait pas en possession d'éléments lui permettant d'apprécier la mesure d'aménagement adaptée. Dans ce cas, elle doit ordonner, d'une part, l'aménagement de la peine, d'autre part, la convocation du prévenu devant le juge de l'application des peines, en

application de l'article 464-2, I, 2° du code de procédure pénale.

Or, en l'espèce, pour refuser l'aménagement de la peine prononcée à l'encontre du prévenu, l'arrêt a énoncé qu'en raison de l'insuffisance d'éléments actualisés sur sa situation et sur sa personnalité, aucune pièce n'ayant été produite devant la Cour ni par le prévenu ni par son conseil, aucun aménagement de peine ne pouvait être prononcé. En statuant ainsi, la Cour d'appel n'a donc pas justifié sa décision au regard des règles susmentionnées. En effet, si elle estimait n'être pas en possession d'éléments suffisants sur la personnalité ou la situation du prévenu, il lui appartenait d'interroger celui-ci, présent à l'audience, afin d'obtenir ces éléments pour apprécier si un aménagement de sa peine, au moins dans son principe, pouvait être prononcé et, le cas échéant, d'ordonner des investigations complémentaires sur ceux-ci, en application de l'article 132-70-1 du Code pénal. La cassation est donc prononcée.

De la sorte, à la suite de l'entrée en vigueur de la loi du 23 mars 2019, la Cour de cassation revient sur sa jurisprudence aux termes de laquelle, si après interrogatoire du prévenu comparant, la juridiction de jugement estimait ne pas disposer d'éléments suffisamment précis et actualisés pour apprécier la faisabilité d'un aménagement, elle pouvait le refuser (Cass. crim., 17 juin 2020, n° 19-85.559). Elle revient également sur la jurisprudence selon laquelle la Cour d'appel pouvait refuser l'aménagement de la peine à l'égard du prévenu non comparant qui n'avait fourni, ni fait fournir, à aucun des stades de la procédure, à la juridiction d'éléments sur sa personnalité et sa situation personnelle (Cass. crim., 12 décembre 2017, n° 16-87.230).

Elle estime désormais, d'une part, que la mise à exécution d'une courte peine d'emprisonnement qui résulte nécessairement du refus d'aménager ne peut être fondée sur la circonstance que la juridiction ne dispose pas d'éléments suffisants pour se prononcer et, d'autre part, qu'en modifiant la rédaction de l'article 132-70-1 du Code pénal, le législateur a entendu favoriser le recours à l'ajournement du prononcé de la peine aux fins d'investigations sur la personnalité ou la situation du prévenu, de façon à permettre un aménagement de la peine.

En conséquence, si le prévenu est comparant, la juridiction doit l'interroger sur sa situation personnelle et, le cas échéant, peut ordonner un ajournement de la peine aux fins d'investigations sur sa personnalité ou sa situation, en application de l'article 132-70-1 précité. Si le prévenu est non comparant, la juridiction de jugement ne peut refuser d'aménager la peine en se fondant sur sa seule absence. Il lui appartient alors de rechercher, au vu des pièces de la procédure, si le principe d'un aménagement peut être ordonné.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 11 mai 2021, n° 20-84.412 : application dans le temps et mise en œuvre des règles encadrant le recours à une peine ferme d'emprisonnement inférieure ou égale à six mois, non aménagée, telles qu'elles résultent de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019

En l'espèce, en 2018, un individu s'est soustrait à un contrôle de police en abandonnant un sac contenant sept morceaux de cannabis représentant 38,4 grammes, une somme de 480 euros et des documents à son nom. Entendu, il a expliqué que les substances stupéfiantes étaient destinées à sa consommation personnelle et que l'argent correspondait à des gains de paris sportifs. Il a été reconnu coupable d'usage, d'acquisition et de transport de stupéfiants et condamné à une peine d'emprisonnement ferme d'une durée totale de six mois sans aménagement.

Dans son arrêt du 11 mai 2021, la Chambre criminelle, en premier lieu, rejette le moyen du prévenu tiré de ce que les dispositions spéciales de l'article L. 3421-1 du Code de la santé publique, qui répriment l'usage illicite de stupéfiants, excluent celles de l'article 222-37 du Code pénal qui s'inscrivent dans le cadre d'un trafic, les substances en possession du prévenu, qui a été relaxé des faits de détention, étant exclusivement destinées à sa consommation personnelle. Pour ce faire, la Haute juridiction judiciaire souligne que, pour déclarer le prévenu

coupable d'acquisition et de transport non autorisés de stupéfiants, après avoir confirmé le jugement l'ayant relaxé du chef de détention de stupéfiants et reconnu coupable du chef d'usage, la Cour d'appel a énoncé, notamment, que l'acquisition, le transport, la détention et l'usage de stupéfiants sont des infractions distinctes. Les juges du fond ont également relevé que, par son comportement, le prévenu a démontré son intention de transporter un produit stupéfiant dont l'acquisition et le transport sont prohibés, fût-il destiné à la consommation personnelle. Selon la Cour de cassation, cette décision est conforme à la loi dès lors qu'il résulte des motifs mentionnés que le prévenu a commis, outre le délit de consommation de stupéfiants, les infractions distinctes de transport et d'acquisition de résine de cannabis, sans que ces faits procèdent, en l'espèce, de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable.

En second lieu, la Chambre criminelle répond au moyen consistant à reprocher à l'arrêt attaqué d'avoir condamné le prévenu à une peine d'emprisonnement ferme d'une durée totale de six mois sans aménagement et sans motivation spécifique, alors que la Cour d'appel était tenue soit d'aménager *ab initio* la peine d'emprisonnement, soit d'ordonner sa convocation devant le juge de l'application des peines, soit de décerner un mandat de dépôt et dans, cette dernière hypothèse, de motiver spécialement sa décision. À ce propos, la Cour de cassation rappelle que les dispositions des articles 132-19 et 132-25 du Code pénal, 464-2, 474 et 723-15 du Code de procédure pénale, issues de la loi du 23 mars 2019, relatives aux conditions et aux modalités de l'aménagement des peines inférieures ou égales à un an, qui n'ont pas pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation, sont applicables au jugement des faits commis avant leur entrée en vigueur.

La Haute juridiction judiciaire ajoute qu'il résulte desdits textes que, si la peine ferme d'emprisonnement prononcée est inférieure ou égale à six mois, son aménagement est obligatoire et ce n'est qu'en cas d'impossibilité résultant de la personnalité ou de la situation du condamné que la juridiction correctionnelle peut écarter l'aménagement de la peine. Dans ce cas, elle doit motiver spécialement sa décision, de

façon précise et circonstanciée, au regard des faits de l'espèce, de la personnalité et de la situation matérielle, familiale et sociale du condamné. Lorsque la peine est de six mois, elle doit, en outre, si elle ne décerne aucun mandat de dépôt ou d'arrêt en application de articles 397-4 et 465-1 du code de procédure pénale, délivrer un mandat de dépôt à effet différé. Lorsque la peine est inférieure à six mois, et dès lors que la loi ne permet pas la délivrance d'un mandat de dépôt à effet différé, elle doit, si elle ne décerne aucun mandat de dépôt ou d'arrêt en application de articles 397-4 et 465-1 du Code de procédure pénale, remettre au condamné un avis de convocation à comparaître devant le juge de l'application des peines conformément à l'article 474 du code de procédure pénale.

Or, en l'espèce, la Cour d'appel a méconnu ces règles puisque, pour refuser d'aménager une peine de trois mois d'emprisonnement assortie de la révocation partielle du sursis à hauteur de trois mois assortissant une condamnation antérieure, elle a énoncé qu'en l'absence d'éléments suffisants sur la situation matérielle et professionnelle de l'intéressé, elle se trouve dans l'impossibilité d'organiser valablement *ab initio* l'une des mesures d'aménagement, alors que l'aménagement de la peine était obligatoire, l'impossibilité de déterminer les modalités de la mesure n'étant pas de nature à y faire obstacle.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 11 mai 2021, n° 20-83.507 : application dans le temps et mise en œuvre des règles encadrant le recours à une peine ferme d'emprisonnement supérieure à un an et inférieure ou égale à deux ans, non aménagée, telles qu'elles résultent de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019

En l'espèce, une personne avait été déclarée coupable de faits d'escroquerie, commis en 2008 et 2009, et condamnée à dix-huit mois d'emprisonnement. Au soutien de son pourvoi en cassation, le prévenu critiquait la nature et la motivation de la peine à laquelle il

avait été condamné. Pour répondre au pourvoi, la Cour de cassation distingue la question du prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme et celle de l'absence d'aménagement de cette peine.

S'agissant, **en premier lieu**, du prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme, la Chambre criminelle rappelle, dans son arrêt du 11 mai 2021, sa jurisprudence aux termes de laquelle il résulte des termes de l'article 132-19 du Code pénal, dans sa version antérieure à la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, que le juge qui prononce une peine d'emprisonnement sans sursis doit en justifier la nécessité au regard de la gravité de l'infraction, de la personnalité de son auteur et du caractère manifestement inadéquat de toute autre sanction. En revanche, conformément au dernier alinéa de ce texte, il n'est tenu de spécialement motiver sa décision au regard de la situation matérielle, familiale et sociale du prévenu que pour refuser d'aménager la peine d'emprisonnement sans sursis d'une durée n'excédant pas deux ans, ou un an en cas de récidive légale, ainsi prononcée (Cass. crim., 29 novembre 2016, n° 15-83.108).

Toutefois, selon la Cour de cassation, l'article 74 de la loi du 23 mars 2019 précitée, qui a modifié les dispositions de l'article 132-19, alinéa 4, du Code pénal et créé un nouvel article 485-1 du Code de procédure pénale relatif à la motivation des peines prononcées par le tribunal correctionnel, impose une évolution de cette jurisprudence. En effet, il se déduit de ces dispositions que le juge qui prononce, en matière correctionnelle, une peine d'emprisonnement ferme doit, quels que soient le quantum et la décision prise quant à son éventuel aménagement, motiver ce choix en faisant apparaître qu'il a tenu compte des faits de l'espèce, de la personnalité de leur auteur, ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale. Il lui appartient d'établir, au regard de ces éléments, que la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine indispensable et que toute autre sanction est manifestement inadéquate.

Par ailleurs, la Haute juridiction judiciaire rappelle qu'il résulte de sa jurisprudence constante que les lois relatives à la motivation des peines sont des lois de procédure, applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en

vigueur en application de l'article 112-2, 2° du Code pénal (Cass. crim., 3 octobre 1994, n° 93-85.633). Il s'en déduit que, pour les décisions rendues à partir du 24 mars 2020, le prononcé de toute peine d'emprisonnement sans sursis ou partiellement assortie du sursis est subordonné au respect des prescriptions susmentionnées. Or, en l'espèce, il résulte de l'arrêt attaqué que les juges du fond, qui se sont prononcés postérieurement au 24 mars 2020, ont mis en œuvre lesdites prescriptions, de sorte que le moyen est rejeté.

Quant, **en second lieu**, à l'absence d'aménagement de la peine d'emprisonnement ferme prononcée, la Chambre criminelle estime qu'il importe de déterminer si les dispositions relatives à l'aménagement des peines d'emprisonnement qui figurent à l'article 74 de la loi précitée du 23 mars 2019, lequel modifie ou crée notamment les articles 132-19, 132-25 du Code pénal et 464-2, 474 et 723-15 du Code de procédure pénale, doivent s'appliquer aux condamnations prononcées pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi précitée. À ce propos, la Cour de cassation rappelle qu'elle juge que les dispositions de cet article, en ce qu'elles interdisent tout aménagement des peines d'emprisonnement sans sursis d'une durée comprise entre un et deux ans, qui relèvent des lois d'exécution et d'application des peines, plus sévères, ne sont applicables qu'aux condamnations prononcées pour des faits commis postérieurement à leur entrée en vigueur (Cass. crim., 20 octobre 2020, n° 19-84.754). En revanche, conformément aux dispositions de l'article 112-2, 3° du Code pénal, les dispositions des articles 132-19 et 132-25 du Code pénal, 464-2, 474 et 723-15 du Code de procédure pénale issues de la loi du 23 mars 2019, relatives aux conditions et aux modalités de l'aménagement des peines inférieures ou égales à un an, qui n'ont pas pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation, sont applicables au jugement des faits commis antérieurement à leur entrée en vigueur (Cass. crim., 11 mai 2021, n° 20-85.576).

Il s'en déduit que, lorsque les faits poursuivis sont antérieurs au 24 mars 2020, le juge qui prononce une peine d'emprisonnement supérieure à un an et inférieure ou égale à deux ans doit se prononcer sur son éventuel

aménagement au regard des dispositions issues de la loi du 23 mars 2019 relatives à l'aménagement des peines supérieures à six mois et inférieures ou égales à un an, seule la condition tenant au quantum de la peine aménageable restant régie par la loi ancienne. En d'autres termes, lorsque la date des faits poursuivis est antérieure au 24 mars 2020, si la peine d'emprisonnement prononcée est supérieure à un an et inférieure ou égale à deux ans, l'aménagement de la peine est le principe, sauf en cas de récidive. La juridiction de jugement ne peut alors écarter l'aménagement que si elle constate que la situation ou la personnalité du condamné ne permettent pas son prononcé ou si elle relève une impossibilité matérielle de le faire. Dans ce cas, elle doit motiver spécialement sa décision, de façon précise et circonstanciée, au regard des faits de l'espèce, de la personnalité et de la situation matérielle, familiale et sociale du condamné. Elle doit, en outre, si elle ne décerne aucun mandat de dépôt ou d'arrêt en application des articles 397-4, 465 et 465-1 du Code de procédure pénale, délivrer un mandat de dépôt à effet différé. Or, en l'espèce, l'arrêt attaqué, après avoir condamné le prévenu à une peine d'emprisonnement de dix-huit mois, ne s'est pas prononcé sur son aménagement, alors que les faits poursuivis avaient été commis avant l'entrée en vigueur de la loi du 23 mars 2019, de sorte que la cassation est prononcée.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 12 mai 2021, n° 20-83.166 et autres : demande de renvoi et droit à l'assistance d'un avocat devant la Cour d'assises

En l'espèce, à l'ouverture d'une audience, les avocats d'un accusé ont réclamé le renvoi de l'affaire, au motif que l'état de santé de ce dernier ne lui permettait pas de comparaître devant la Cour d'assises. Par arrêt incident, la Cour a rejeté cette demande aux motifs que le jugement de l'affaire avait déjà été renvoyé, que l'état de santé de l'accusé ne

pouvait être considéré indépendamment de sa volonté de ne pas s'alimenter et de ne pas boire – l'intéressé observant une grève de la faim pour dénoncer les conditions inhumaines de sa détention – et que la maîtrise du processus judiciaire ne pouvait lui être abandonnée.

À la suite du rejet de leurs demandes de renvoi, les avocats de l'accusé ont indiqué qu'ils n'assuraient plus sa défense. Le président de la Cour d'assises a alors commis d'office, par application de l'article 317 du Code de procédure pénale, un avocat qui a aussitôt demandé à être déchargé de sa mission, invoquant un devoir de conscience et renvoyant aux conclusions déposées par la défense pour obtenir le renvoi de l'affaire.

Néanmoins, par ordonnance, le président de la Cour d'assises a refusé de dispenser cet avocat de cette commission d'office, au motif que, les demandes de renvoi de l'affaire ayant été rejetées par la Cour, les débats allaient se tenir et qu'il était obligatoire que l'accusé soit assisté d'un avocat lors de son procès. Cette décision ajoute que l'avocat désigné, qui connaissait l'affaire, avait défendu l'accusé devant la Cour d'assises en première instance, avait pu s'entretenir avec lui à de nombreuses reprises, et ne faisait valoir aucun motif d'empêchement matériel, ni aucune excuse insurmontable.

Dans son arrêt du 12 mai 2021, la Chambre criminelle rejette le pourvoi formé par l'accusé. Elle estime, en premier lieu, qu'en l'état des énonciations de son arrêt, relevant de son appréciation souveraine de la nécessité d'ordonner le renvoi de l'affaire, la Cour a justifié sa décision et souligne qu'elle n'avait pas, à l'occasion de l'examen de la demande de renvoi, à porter une appréciation sur les conditions de détention du demandeur, lequel ne l'avait pas saisie d'une demande de mise en liberté. En second lieu, la Cour de cassation affirme que le président de la Cour d'assises a justifié sa décision de refus de dispense de la commission d'office afin de garantir l'exercice des droits de la défense et d'assurer à l'accusé un procès équitable, sans retarder davantage le jugement de l'affaire, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Elle ajoute que l'avocat ainsi commis d'office n'ayant déposé aucunes conclusions écrites pour exposer les motifs de sa demande de décharge de sa

mission, il ne peut être reproché au président de ne pas s'être expliqué davantage sur son refus.

Cette solution vient en écho de la décision du Conseil constitutionnel ayant affirmé qu'en raison de son encadrement, le pouvoir reconnu au président de la Cour d'assises de juger des motifs d'excuse ou d'empêchement présentés par un avocat commis d'office ne méconnaît pas le droit à un procès équitable, en particulier les droits de la défense (Cons. const., décision n° 2018-704 QPC du 4 mai 2018).

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 12 mai 2021, n° 20-84.013 : conditions de motivation de la décision de refus de conversion d'une peine d'emprisonnement ferme

En l'espèce, un juge de l'application des peines avait rejeté la requête d'un individu, condamné le 7 juin 2018 à une peine de quatre mois d'emprisonnement, ayant sollicité la conversion de cette peine en jours-amende ou en sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général. La Chambre de l'application des peines a confirmé cette décision au motif, notamment, que les documents produits par le demandeur, dont certains semblaient contradictoires entre eux et dont la sincérité était sujette à caution, ne permettaient pas de s'assurer de la réalité et de la régularité de sa situation professionnelle et des ressources dont il indiquait disposer. Elle en a déduit que les mesures de conversion de peine qu'il sollicitait ne pouvaient lui être accordées, en l'absence de garanties suffisantes de réinsertion sociale et de gages sérieux de prévention de la récidive.

Dans son arrêt du 12 mai 2021, la Chambre criminelle rejette le pourvoi formé par le condamné. Elle estime que la juridiction de l'application des peines du second degré a justifié sa décision, au regard des dispositions de l'article 747-1 du Code de procédure pénale, dans leur rédaction issue de la loi n°2019-222 du 23 mars 2019. En effet, d'une part, les dispositions nouvelles, qui étendent les mesures

qui peuvent être prises par la juridiction de l'application des peines pour convertir une peine d'emprisonnement sans sursis inférieure ou égale à six mois ne sont pas plus sévères que les dispositions anciennes, et s'appliquent immédiatement à la conversion des peines prononcées avant leur entrée en vigueur, en vertu de l'article 112-2, 3° du Code pénal. D'autre part, l'article 747-1 précité ouvre, à la juridiction de l'application des peines, une simple faculté d'ordonner la conversion de la peine si elle constate que cette mesure lui paraît de nature à assurer la réinsertion du condamné et à prévenir sa récidive. Il en résulte que, si l'octroi d'une conversion doit être justifié par référence à l'existence de l'une de ces deux conditions, son refus n'est pas soumis à une obligation spéciale de motivation faisant référence à ces critères particuliers, ce refus devant néanmoins, comme toute décision juridictionnelle, être motivé.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 18 mai 2021, n° 20-86.266 : conditions de mise en œuvre de vidéosurveillances sur la voie publique et dans des lieux privés

En l'espèce, le 17 mars 2020, à la suite de plusieurs interventions de police relatives à des plaintes de riverains et à des demandes émanant d'un bailleur social et des services municipaux, une enquête préliminaire a été ouverte pour des faits de trafic de stupéfiants commis à une adresse déterminée. Dans le cadre de cette enquête, les policiers ont, d'une part, sur autorisation renouvelée à deux reprises du procureur de la République, procédé à la pose de systèmes de captation d'images visant des lieux publics et permettant d'observer dans leur ensemble les immeubles concernés, ces systèmes ayant été installés à l'intérieur de deux appartements. Les enquêteurs ont, d'autre part, sollicité et obtenu du juge des libertés et de la détention, deux autorisations aux fins de mettre en œuvre un système de captation d'images dans des lieux privés, au niveau du hall de

plusieurs immeubles ainsi que pour observer les entrées et couloirs d'accès aux caves d'un immeuble.

À la suite de ces investigations, un mineur âgé de plus de seize ans a été mis en examen par le juge des enfants des chefs de trafic de stupéfiants et placé en détention provisoire. L'intéressé a demandé la nullité des autorisations de captations d'images dans les lieux publics délivrés par le procureur de la République et par le juge des libertés et de la détention ainsi que la nullité de l'ensemble des actes reposant sur les vidéos issues de ces autorisations, notamment celle de sa mise en examen, tout en sollicitant d'être placé sous le statut de témoin assisté.

Dans son arrêt du 18 mai 2021, la Chambre criminelle rejette le pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt de la Chambre de l'instruction ayant validé les investigations litigieuses. Elle affirme, en premier lieu, s'agissant de la vidéosurveillance menée sur la voie publique, que le procureur de la République tient des articles 39-3 et 41 du Code de procédure pénale le pouvoir de faire procéder à un tel acte d'investigation, sous son contrôle effectif et selon les modalités qu'il autorise s'agissant de sa durée et de son périmètre, aux fins de rechercher la preuve des infractions à la loi pénale, ce que la Chambre de l'instruction a vérifié. Elle ajoute que la mise en œuvre d'un dispositif de captation d'images ne nécessite pas l'autorisation du juge des libertés et de la détention lorsque, placé dans un lieu privé, il ne vise qu'à capter, fixer, transmettre ou enregistrer l'image d'une ou de plusieurs personnes se situant sur la voie publique, sous réserve que cette mise en œuvre ait donné lieu à l'accord du propriétaire du lieu dans lequel se trouve le dispositif, ce qui a été constaté par la Chambre de l'instruction. En second lieu, la Cour de cassation valide le raisonnement des juges du fond ayant rejeté la requête en annulation des autorisations de captation d'images dans les halls d'immeubles et dans l'entrée de la cave et les couloirs de la cave d'un immeuble au motif que le requérant n'a pas qualité pour invoquer la nullité desdites captations : l'intéressé ne demeure, ni ne réside, même occasionnellement, à l'adresse concernée et son image n'a pas été captée dans le cadre de ces dispositifs.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 19 mai 2021, n° 21-80.849 : les informations émanant des services de renseignement peuvent guider les investigations sans pouvoir fonder, à elles seules, une déclaration de culpabilité

En l'espèce, un attentat a été commis, le 3 octobre 1980, aux abords de la synagogue de la rue Copernic à Paris. Quatre passants ont trouvé la mort et une quarantaine de personnes ont été blessées ; de nombreux dégâts matériels ont été occasionnés. Il a été établi qu'une charge explosive avait été disposée sur une motocyclette, dont certains débris ont été relevés sur place. À la suite de longues investigations, alimentées notamment par des informations provenant de services étrangers de renseignement, un individu a été interpellé et mis en examen, en 2014. Le non-lieu, prononcé au profit de ce dernier par les juges d'instruction co-saisis, a été infirmé par la Chambre de l'instruction qui a ordonné le renvoi de l'intéressé devant la Cour d'assises de Paris spécialement composée.

Dans son arrêt du 19 mai 2021, la Chambre criminelle rejette le pourvoi formé par le mis en examen. Elle souligne que, pour infirmer l'ordonnance des juges d'instruction et ordonner la mise en accusation de l'intéressé, l'arrêt attaqué énonce notamment qu'une information émanant d'un service de renseignement ne peut avoir pour effet d'asseoir une culpabilité, mais peut fournir des axes de recherches, et conforter des éléments et des charges éventuelles, ou au contraire les infirmer. Or, les juges du fond ont considéré qu'en l'espèce, les informations, reçues sous cette forme, permettaient de conforter les autres éléments pesant sur le mis en examen. En cet état, selon la Cour de cassation, la décision de la Chambre de l'instruction est justifiée dès que, si le recueil de renseignement ne peut être mis en œuvre pour constater des infractions à la loi pénale, les informations émanant des services de

renseignement, régulièrement versées dans une procédure judiciaire et soumises au débat contradictoire, peuvent être prises en compte en ce qu'elles ont guidé les investigations, bien qu'elles ne puissent, à elles seules, fonder une déclaration de culpabilité.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2021-817 DC du 20 mai 2021 : contrôle de constitutionnalité des dispositions pénales de la loi pour une sécurité globale préservant les libertés

Dans sa décision du 20 mai 2021, le Conseil constitutionnel se prononce sur plusieurs dispositions de nature pénale du texte qui allait devenir la loi n° 2021-646 du 25 mai 2021 pour une sécurité globale préservant les libertés.

En premier lieu, le Conseil constitutionnel censure l'extension à titre expérimental de la compétence des agents de police municipale et des gardes champêtres à des attributions de police judiciaire en matière délictuelle. À ce propos, les Sages considèrent que l'exigence posée par l'article 66 de la Constitution « *ne serait pas respectée si des pouvoirs généraux d'enquête criminelle ou délictuelle étaient confiés à des agents qui, relevant des autorités communales, ne sont pas mis à la disposition d'officiers de police judiciaire ou de personnes présentant des garanties équivalentes* ». Or, si, pour l'exercice de leurs compétences de police judiciaire, les agents de police municipale et les gardes champêtres sont placés en permanence sous l'autorité du directeur de police municipale ou du chef de service de police municipale dûment habilité, ces derniers étant quant à eux placés, pour l'exercice de ces missions, sous la direction du procureur de la République, sous la surveillance du procureur général et sous le contrôle de la chambre de l'instruction du siège de leur fonction, ce contrôle demeure insuffisant. En effet, « si le procureur de la République se voit adresser sans délai les rapports et procès-verbaux établis par les agents de police municipale et les gardes champêtres,

par l'intermédiaire des directeurs de police municipale et chefs de service de police municipale, le législateur n'a pas assuré un contrôle direct et effectif du procureur de la République sur les directeurs de police municipale et chefs de service de police municipale. Notamment, contrairement à ce que le Code de procédure pénale prévoit pour les officiers de police judiciaire et *nonobstant* son pouvoir de direction sur les directeurs et chefs de service de police municipale, ne sont pas prévues la possibilité pour le procureur de la République d'adresser des instructions à ces derniers, l'obligation pour ceux-ci de le tenir informé sans délai des infractions dont ils ont connaissance, l'association de l'autorité judiciaire aux enquêtes administratives relatives à leur comportement, ainsi que leur notation par le procureur général. D'autre part, si les directeurs et les chefs de service de police municipale doivent, pour être habilités à exercer leurs missions de police judiciaire, suivre une formation et satisfaire à un examen technique selon des modalités déterminées par décret en Conseil d'État, il n'est pas prévu qu'ils présentent des garanties équivalentes à celles exigées pour avoir la qualité d'officier de police judiciaire. Le Conseil conclut donc à la violation de l'article 66 de la Constitution pour avoir confié des pouvoirs aussi étendus aux agents de police municipale et gardes champêtres, sans les mettre à disposition d'officiers de police judiciaire ou de personnes présentant des garanties équivalentes.

En deuxième lieu, le Conseil constitutionnel censure la création du délit de « *provocation, dans le but manifeste qu'il soit porté atteinte à son intégrité physique ou psychique, à l'identification d'un agent de la police nationale, d'un militaire de la gendarmerie nationale ou d'un agent de la police municipale lorsque ces personnels agissent dans le cadre d'une opération de police, d'un agent des douanes lorsqu'il est en opération* ». Selon les Sages, le principe de légalité des délits et des peines se trouve méconnu dans la mesure où le texte n'apparaît pas suffisamment clair et précis en ce que « *le délit contesté réprime la provocation à l'identification d'un agent de la police nationale, d'un militaire de la gendarmerie nationale ou d'un agent de la police municipale "lorsque ces personnels agissent dans le cadre d'une opération de police" et à l'identification*

d'un agent des douanes "lorsqu'il est en opération". Le législateur a fait de cette dernière exigence un élément constitutif de l'infraction. Il lui appartenait donc de définir clairement sa portée. Or, ces dispositions ne permettent pas de déterminer si le législateur a entendu réprimer la provocation à l'identification d'un membre des forces de l'ordre uniquement lorsqu'elle est commise au moment où celui-ci est "en opération" ou s'il a entendu réprimer plus largement la provocation à l'identification d'agents ayant participé à une opération, sans d'ailleurs que soit définie cette notion d'opération. D'autre part, faute pour le législateur d'avoir déterminé si "le but manifeste" qu'il soit porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique du policier devait être caractérisé indépendamment de la seule provocation à l'identification, les dispositions contestées font peser une incertitude sur la portée de l'intention exigée de l'auteur du délit »

En troisième lieu, le Conseil constitutionnel valide la suppression des crédits de réduction de peine automatiques pour les personnes condamnées à la suite d'infractions commises à l'encontre, notamment, des forces de l'ordre (article 721-1-2 du Code de procédure pénale). Selon ce nouveau mécanisme, les condamnés peuvent bénéficier du crédit de réduction de peine s'ils donnent des preuves suffisantes de bonne conduite : l'attribution du crédit demeure possible n'est plus automatique. Pour cette raison, le Conseil constitutionnel écarte le grief tiré de la violation au principe de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines. Ce mécanisme n'est pas davantage contraire au principe d'égalité devant la loi pour le Conseil constitutionnel dans la mesure où « *en adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu, par la création d'un régime d'exécution des peines plus rigoureux, prendre en compte le risque particulier d'atteinte à leur intégrité physique auquel sont exposées certaines personnes en raison des fonctions qu'elles exercent et ainsi dissuader ces comportements. Dès lors, la différence de traitement entre, d'une part, les auteurs des infractions d'atteinte à la personne mentionnées à l'article 721-1-2 du Code de procédure pénale lorsqu'elles sont commises à l'encontre d'une des personnes mentionnées à ce même article et, d'autre part, les auteurs des mêmes infractions*

commises à l'encontre d'une autre personne ainsi que les auteurs d'autres infractions commises à l'encontre de ces mêmes personnes, correspond à une différence de situation et est en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ».

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 26 mai 2021, n° 21-81.320 : le renvoi devant le tribunal correctionnel implique l'existence, d'abord, d'indices graves ou concordants et, ensuite, de charges suffisantes

En l'espèce, un avocat avait été mis en examen des chefs de violation du secret professionnel et recel. Le procureur de la République a interjeté appel de l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel du mis en examen et ce dernier a formé une requête en nullité de sa mise en examen prise, notamment, de l'absence d'indices graves ou concordants.

Dans son arrêt du 26 mai 2021, la Chambre criminelle rejette le pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt de la Chambre de l'instruction ayant écarté la requête en annulation de la mise en examen de l'intéressé. Pour ce faire, la Cour de cassation rappelle qu'aux termes de l'article 80-1 du Code de procédure pénale, à peine de nullité, le juge d'instruction ne peut mettre en examen que les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il est saisi. Par ailleurs, en vertu de l'article 113-5 dudit code, le témoin assisté ne peut faire l'objet d'une ordonnance de renvoi ou de mise en accusation. Dès lors, la Chambre de l'instruction ne peut ordonner le renvoi devant le tribunal correctionnel d'un témoin assisté sans avoir fait préalablement notifier, par supplément d'information, sa mise en examen à la personne concernée. Il s'en déduit que, saisie d'une requête en nullité de la mise en examen d'une personne, prise du défaut d'indices graves ou concordants, et de l'appel formé par le procureur de la République contre l'ordonnance renvoyant

celle-ci devant le tribunal correctionnel des mêmes chefs, la Chambre de l'instruction doit d'abord examiner la requête en nullité et, si elle n'y fait pas droit, rechercher ensuite s'il existe à l'encontre de l'intéressé des charges suffisantes d'avoir commis les faits qui lui sont reprochés.

Or, en l'espèce, c'est à tort que, pour ne pas faire droit à la requête en nullité de la personne mise en examen prise de l'absence d'indices graves ou concordants, l'arrêt énonce que l'examen des charges suffisantes fondant le renvoi de l'affaire devant le tribunal correctionnel n'est pas subordonné à l'examen préalable des indices graves ou concordants à l'encontre des personnes mises en examen. Pour autant, selon la Haute juridiction judiciaire, l'arrêt n'encourt pas la censure. En effet, la Cour de cassation est en mesure de s'assurer de l'absence de tout acte d'information postérieur à la mise en examen du requérant, de sorte qu'il se déduit nécessairement de l'existence de charges suffisantes contre celui-ci d'avoir commis les faits de violation du secret professionnel et recel, qu'au jour de sa mise en examen, il existait des indices graves ou concordants de sa participation aux mêmes faits.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 26 mai 2021, n° 20-86.011 : le mécanisme de purge des nullités prévue par l'article 173-1 du Code de procédure pénale s'applique aux confrontations

En l'espèce, après avoir fait l'objet d'interrogatoires les 12 mai 2014 et 10 février 2015, puis de confrontations les 12 décembre 2017 et 1^{er} juillet 2020, un mis en examen a reçu un avis de fin d'information le 31 juillet 2020. Le 25 septembre 2020, l'intéressé a saisi la Chambre de l'instruction d'une requête en nullité invoquant la partialité d'un enquêteur caractérisée, selon lui, par un courriel de celui-ci du 21 octobre 2014, qu'il disait avoir obtenu dans le cadre d'une procédure civile l'ayant opposé à un tiers en 2017, et qu'il communiquait

au juge d'instruction, lequel le recevait le 11 septembre 2020 et le versait au dossier.

Dans son arrêt du 26 mai 2021, la Chambre criminelle se prononcé sur le pourvoi interjeté à l'encontre de la décision ayant déclaré irrecevable la requête aux fins d'annulation de la procédure déposée le 25 septembre 2020. Pour ce faire, elle vise l'article 173-1 du Code de procédure pénale aux termes duquel, « *sous peine d'irrecevabilité, la personne mise en examen doit faire état des moyens pris de la nullité des actes accomplis avant son interrogatoire de première comparution ou de cet interrogatoire lui-même dans un délai de six mois à compter de la notification de sa mise en examen, sauf dans le cas où elle n'aurait pu les connaître. Il en est de même s'agissant des moyens pris de la nullité des actes accomplis avant chacun de ses interrogatoires ultérieurs ou des actes qui lui ont été notifiés en application du présent Code* ».

Selon la Cour de cassation, bien que les termes de l'article 173-1 du Code de procédure pénale fassent état d'une computation du délai de six mois à compter de chaque interrogatoire, l'esprit du texte permet de considérer qu'il en va de même pour chaque confrontation qui, réunissant plusieurs intervenants, n'en constitue pas moins un interrogatoire pour la personne mise en examen. Par ailleurs, si cette dernière doit faire état, à peine de forclusion, des moyens pris de la nullité des actes accomplis avant chaque interrogatoire ou confrontation dans un délai de six mois suivant celui-ci, c'est à la condition qu'elle ait pu en avoir connaissance.

Or, en l'espèce, pour déclarer irrecevable comme tardive la requête en nullité déposée le 25 septembre 2020, l'ordonnance attaquée énonce que le délai de six mois doit être calculé à compter de la date de l'interrogatoire du 12 mai 2014 et non pas de celle de la confrontation du 1^{er} juillet 2020, insusceptible d'être prise en compte s'agissant d'un acte différent, de sorte que le délai était expiré lors du dépôt de la requête du 25 septembre 2020. En se déterminant ainsi, le président de la Chambre de l'instruction a excédé ses pouvoirs. En effet, dès lors qu'était en cause un courriel du 21 octobre 2014, celui-ci pouvait fonder une requête en nullité dans les six mois suivants, non pas l'interrogatoire du 12 mai 2014, mais celui du 10 février 2015 qui avait suivi l'acte contesté. Par

ailleurs, il appartenait au président de la Chambre de l'instruction de répondre aux conclusions du requérant qui affirmait n'avoir eu connaissance dudit courriel qu'à l'occasion d'une procédure civile l'ayant opposé à un tiers en 2017. En outre, un nouveau délai de six mois a couru à compter de la confrontation du 1^{er} juillet 2020 et n'était donc pas expiré lors du dépôt de la requête en nullité. Enfin et en tout état de cause, la requête en nullité a été déposée dans le délai de trois mois suivant la délivrance de l'avis de fin d'information du 31 juillet 2020, lequel permettait à l'intéressé d'invoquer toute cause de nullité non encore couverte par la forclusion. L'annulation de l'ordonnance litigieuse est donc prononcée.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 26 mai 2021, n° 20-80.884 : l'offre de preuve de la vérité des faits n'exclut plus la possibilité d'invoquer l'absence de fait précis venant au soutien de poursuites du chef de diffamation

En l'espèce, la directrice de la publication et le civilement responsable d'une chaîne de télévision ont été citées à comparaître devant le tribunal correctionnel du chef de diffamation publique envers un particulier à la requête de la partie civile. Les juges du fond ont débouté cette dernière de ses demandes. Au soutien de son pourvoi, la partie civile faisait valoir, notamment, qu'en matière de diffamation, le prévenu qui a spontanément offert, dans les conditions précisées par l'article 55 de la loi du 29 juillet 1881, de faire la preuve de la vérité des faits diffamatoires, ne peut ensuite soutenir, contrairement à ce qui avait été décidé par les juges du fond, que les termes ou expressions incriminées ne seraient pas diffamatoires faute de contenir l'imputation d'un fait précis susceptible de preuve.

Dans son arrêt du 26 mai 2021, la Chambre criminelle rappelle que c'est seulement dans les dix jours de la signification de la citation que le prévenu doit, s'il veut être admis à prouver la

vérité des faits diffamatoires, conformément à l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881, procéder dans les formes prévues par l'article 55 de ladite loi, à défaut de quoi il est déchu du droit d'administrer cette preuve. Or, cette offre de preuve constitue un moyen de défense subsidiaire à celui consistant à contester que les propos incriminés contiennent l'imputation d'un fait précis attentatoire à l'honneur ou à la considération de la partie civile, mais qui doit cependant être proposé dans le bref délai précité à compter de la délivrance de l'acte de poursuite et avant que ne s'ouvrent les débats. En conséquence, selon la Cour de cassation, le respect des droits de la défense conduit à admettre que, quoiqu'ayant considéré, pour les besoins de ce moyen de défense subsidiaire, que les propos poursuivis renferment l'imputation ou l'allégation d'un fait précis, susceptible d'un débat sur la preuve de sa vérité, le prévenu puisse ensuite librement, devant le tribunal, soutenir à titre principal que tel n'est pas le cas et ainsi participer au débat au terme duquel les juges ont la charge de prononcer sur ce point.

En d'autres termes, il doit donc être jugé que le prévenu qui a offert de prouver la vérité des faits diffamatoires conformément aux articles 35 et 55 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse reste recevable à soutenir, lors des débats au fond, que les propos poursuivis ne renferment pas l'imputation ou l'allégation d'un fait précis, susceptible de faire l'objet d'un débat sur la preuve de sa vérité. En l'espèce, il en résulte que, saisi de l'argumentation de la prévenue qui, après avoir fait délivrer une offre de preuve, soutenait notamment que le second propos poursuivi était trop lapidaire pour contenir l'imputation d'un fait précis, les juges, qui devaient en tout état de cause apprécier le sens et la portée dudit propos afin de déterminer s'il caractérisait ou non la diffamation poursuivie, n'avaient pas à la déclarer irrecevable. Le grief est donc écarté.

De la sorte, la Chambre criminelle revient sur sa jurisprudence antérieure aux termes de laquelle le prévenu qui avait, conformément à l'article 55 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, signifié une offre de preuve de la vérité des faits ne pouvait ensuite soutenir que les termes ou expressions incriminés n'étaient pas diffamatoires faute de contenir l'imputation

d'un fait précis (Cass. crim., 22 mai 1990, n° 87-81.387).

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2021-909 QPC du 26 mai 2021 : inconstitutionnalité de l'impossibilité d'obtenir devant le tribunal de police la condamnation de la partie civile pour constitution abusive

Par arrêt du 2 mars 2021, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité rédigée en ces termes : « *Les articles 536, alinéa 1^{er}, et 541 du Code de procédure pénale, en ce qu'ils privent la personne citée directement devant le tribunal de police ayant fait l'objet d'une relaxe du droit de demander la condamnation de la partie civile au paiement de dommages-intérêts pour abus de constitution de partie civile, portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, notamment le principe d'égalité devant la justice, l'exercice des droits de la défense et le droit à un procès équitable garantissant l'équilibre des droits entre les parties fondé sur les articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ?* » (Cass. crim., 2 mars 2021, n° 20-90.032).

Dans sa décision du 26 mai 2021, le Conseil constitutionnel souligne qu'il résulte des dispositions contestées que la personne citée directement par la partie civile à comparaître devant le tribunal de police ne peut, dans la même instance, demander que cette dernière soit condamnée, en cas de relaxe, au paiement de dommages-intérêts pour abus de constitution de partie civile. Or, cette possibilité est ouverte, en cas de désistement de la partie civile, pour la personne directement citée devant le tribunal de police en application de l'article 536 du Code de procédure pénale. Elle l'est aussi pour le prévenu qui, après avoir été cité directement devant le tribunal de police, est relaxé en appel, en application de l'article 549 du même Code. Dès lors, selon les Sages, les dispositions contestées

procèdent à une distinction injustifiée entre les justiciables poursuivis par citation directe devant le tribunal de police. Par conséquent, elles méconnaissent le principe d'égalité devant la justice et doivent donc être déclarées contraires à la Constitution.

Pour autant, le Conseil 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. Mais, 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 et, au plus tard, jusqu'au 31 décembre 2021, lorsque la partie civile a elle-même mis en mouvement l'action publique, le tribunal de police statue par le même jugement sur la demande en dommages-intérêts formée par la personne relaxée contre la partie civile pour abus de constitution de partie civile.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2021-910 QPC du 26 mai 2021 : nouveau constat d'inconstitutionnalité des dispositions relatives aux frais irrépétibles devant les juridictions pénales

Par arrêt du 2 mars 2021, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité rédigée en ces termes : « *Les articles 543, alinéa 1^{er}, et 800-2 du Code de procédure pénale en ce qu'ils privent la personne poursuivie devant le tribunal de police ayant fait l'objet d'une relaxe du droit de demander le remboursement des frais non payés par l'État et exposés par elle pour les besoins de sa défense, portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, notamment le principe d'égalité devant la justice, l'exercice des droits de la défense et le droit à un procès équitable garantissant l'équilibre des droits entre les parties fondé sur les articles 6 et 16 de la*

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ? » (Cass. crim., 2 mars 2021, n° 20-90.033).

Dans sa décision du 26 mai 2021, le Conseil constitutionnel rappelle qu'aucune exigence constitutionnelle n'impose qu'une partie au procès puisse obtenir du perdant le remboursement des frais qu'elle a exposés en vue de l'instance. Toutefois, la faculté d'un tel remboursement affecte l'exercice du droit d'agir en justice et les droits de la défense. Le Conseil ajoute, d'une part, qu'en application de l'article 543 du Code de procédure pénale, qui fait référence aux dispositions de l'article 475-1 du même Code applicables en matière correctionnelle, le tribunal de police peut condamner l'auteur d'une contravention à payer à la partie civile la somme qu'il détermine au titre des frais non payés par l'État et exposés par celle-ci pour sa défense. D'autre part, par sa décision du 5 avril 2019, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution le premier alinéa de l'article 800-2 du Code de procédure pénale et reporté son abrogation au 31 mars 2020 (Cons. const., déc. n° 2019-773 du 5 avril 2019). Les Sages soulignent ainsi que, faute pour le législateur d'avoir adopté en temps utile de nouvelles dispositions pour remédier à l'inconstitutionnalité relevée, la personne poursuivie pénalement est dans l'impossibilité, depuis cette date, d'obtenir du tribunal de police, en cas de relaxe, une indemnité au titre des frais non payés par l'État et exposés par celle-ci pour sa défense. Dans ces conditions, les dispositions contestées portent atteinte à l'équilibre des droits des parties dans le procès pénal. Par suite, elles doivent être déclarées contraires à la Constitution.

Pour autant, 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. Mais, 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 et, au plus tard, jusqu'au 31 décembre 2021, toute juridiction prononçant un non-lieu, une relaxe, un acquittement ou toute décision autre qu'une condamnation ou une déclaration d'irresponsabilité pénale peut, à la

demande de l'intéressé, accorder à la personne poursuivie pénalement ou civilement responsable une indemnité qu'elle détermine au titre des frais non payés par l'État et exposés par celle-ci. Il en est de même, pour la personne civilement responsable, en cas de décision la mettant hors de cause.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 27 mai 2021, n° 21-81.826 : le concubinage doit être établi, au sens de la loi, pour constituer une circonstance aggravante du meurtre

En l'espèce, le 12 mai 2016, la disparition d'une femme a été signalée à la gendarmerie. Son ancien amant a indiqué l'emplacement où il avait enterré le corps sans vie de cette femme. À l'issue d'une information judiciaire, il a été mis en accusation du chef d'homicide volontaire avec cette circonstance que les faits ont été commis par l'ex-concubin de la victime.

Dans son arrêt du 27 mai 2021, la Chambre criminelle se prononce sur l'arrêt de la Chambre de l'instruction ayant confirmé cette mise en accusation. Aux vises des articles 132-80 et 221-4, 9° du Code pénal et 515-8 du Code civil, elle rappelle que, selon ces articles du Code pénal, la peine encourue pour le crime de meurtre est aggravée lorsque l'infraction est commise par le conjoint, le concubin ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité, y compris lorsqu'ils ne cohabitent pas. Cette circonstance aggravante est aussi constituée si les faits sont commis par l'ancien conjoint, l'ancien concubin ou l'ancien partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité, si l'infraction est commise en raison des relations ayant existé entre l'auteur et la victime. Selon l'article 515-8 du code civil, le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de même sexe ou de sexe différent, qui vivent en couple.

Or, en l'espèce, pour ordonner son renvoi devant la Cour d'assises sous l'accusation de

meurtre aggravé, la chambre de l'instruction énonce qu'il résulte de l'information des charges suffisantes contre le mis en examen d'avoir volontairement donné la mort à la victime avec cette circonstance que les faits ont été commis par l'ancien concubin de la victime. En prononçant ainsi, sans avoir caractérisé l'existence, entre le demandeur et la victime, dans le passé, d'une relation de concubinage, ni indiqué les éléments d'où il résultait que les faits avaient pu avoir été commis en raison des relations ayant existé entre eux, la Chambre de l'instruction n'a pas justifié sa décision. La cassation est donc prononcée.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 27 mai 2021, n° 20-82.727 : la libération conditionnelle expulsion n'est pas un droit pour l'étranger condamné à une interdiction du territoire français

En l'espèce, un condamné est détenu en exécution de huit peines, dont une peine de réclusion criminelle à perpétuité. Il fait également l'objet d'une interdiction définitive du territoire français. L'intéressé a formé une demande de libération conditionnelle en précisant qu'il souhaitait faire l'objet d'une expulsion vers le Suriname, afin d'y retrouver sa mère, qui pourrait l'héberger. Le tribunal de l'application des peines a rejeté cette demande et fixé à dix-huit mois le délai pendant lequel l'intéressé ne serait pas recevable à en former une nouvelle. Le condamné a interjeté appel de cette décision, en vain.

Dans son arrêt du 27 mai 2021, la Chambre criminelle rappelle qu'aux termes de l'article 707 du Code de procédure pénale, le régime d'exécution des peines privatives de liberté vise à préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de lui permettre d'agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions. Selon l'article 729 du même Code, la libération conditionnelle tend à la réinsertion des

condamnés et à la prévention de la récidive. Les condamnés qui ont à subir une peine privative de liberté peuvent bénéficier d'une libération conditionnelle s'ils manifestent des efforts sérieux de réadaptation sociale et lorsqu'ils justifient, soit de l'exercice d'une activité professionnelle, d'un stage, d'un emploi temporaire, ou d'une assiduité à un enseignement ou à une formation, soit de leur participation essentielle à la vie de leur famille, soit de la nécessité de suivre un traitement médical, soit d'efforts en vue d'indemniser leurs victimes, soit de leur implication dans un projet sérieux d'insertion ou de réinsertion. Par ailleurs, selon l'article 729-2 du Code précité, lorsqu'un étranger condamné à une peine privative de liberté fait l'objet d'une interdiction du territoire français, sa libération conditionnelle est subordonnée à la condition que la mesure d'éloignement soit exécutée. Elle peut être exécutée sans son consentement.

La Cour de cassation rappelle avoir eu l'occasion de juger que la situation d'un étranger, qui a été condamné à une peine privative de liberté et dont la libération conditionnelle est subordonnée à son départ contraint du territoire français, n'a pas à être examinée au regard des critères personnels, familiaux et sociaux énoncés à l'article 729 précité (Cass. crim., 6 mars 2002, n° 01-85.914). Il a aussi été décidé que, dans le cadre du régime dérogatoire institué par l'article 729-2 précité, la libération conditionnelle d'un condamné étranger est subordonnée à l'exécution effective de la mesure d'éloignement, et que, dans le cas où il a été condamné à la réclusion criminelle à perpétuité, sa libération conditionnelle doit être prononcée dans les conditions prévues par l'article 730-2 du Code de procédure pénale, en particulier, le cas échéant, après l'exécution des mesures probatoires définies par ce texte (Cass. crim., 4 avril 2013, n° 13-80.447).

Pour autant, selon la Haute juridiction judiciaire, il ne résulte pas de ces textes, que, pour un condamné de nationalité étrangère, qui purge une peine privative de liberté et qui fait l'objet d'une interdiction du territoire français, l'obtention d'une mesure de libération conditionnelle, lorsque les conditions tenant à la durée de sa peine restant à accomplir sont remplies, soit un droit. Le prononcé de cette mesure est seulement une faculté, pour la

juridiction de l'application des peines, à laquelle il revient d'apprécier souverainement son opportunité, au vu de la personnalité du condamné, des perspectives concrètes de son éloignement du territoire national, de ses projets de réinstallation, et, le cas échéant, du déroulement des mesures probatoires auxquelles il a été soumis en application de l'article 730-2 du Code de procédure pénale. En conséquence, après avoir souligné que la décision de refus était correctement motivée, la Cour de cassation rejette le pourvoi.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 2 juin 2021, n° 21-81.581 : la séquestration d'un mineur interrompue volontairement avant le septième jour est un délit, mais l'extorsion armée d'un secret est un crime au sens des dispositions relatives à la durée de la détention provisoire

En l'espèce, un couple ainsi que leur fils de treize ans, ont déclaré avoir été agressés à leur domicile pendant leur sommeil par quatre hommes cagoulés et gantés, qui ont frappé l'époux avant de le ligoter ainsi que son épouse. Les agresseurs ont dérobé du numéraire, des téléphones portables et des cartes bancaires, dont ils ont extorqué les codes secrets à l'époux en le menaçant de tuer son fils avec un fusil. Les bijoux de l'épouse ont également été volés, ainsi que sa carte bancaire, dont le code secret lui a aussi été extorqué. Cette dernière a été victime d'une agression sexuelle, puis d'un viol, avant que les agresseurs ne quittent les lieux.

Dans le cadre de l'information judiciaire ouverte à la suite de ces faits, une personne mise en examen a été placée en détention provisoire, le 24 novembre 2016, sous mandat de dépôt criminel. Sa détention provisoire a été prolongée à plusieurs reprises par le juge des libertés et de la détention puis, au-delà du délai de quatre ans, par la Chambre de l'instruction, pour une durée de quatre mois, en application des dispositions de l'article 145-2, alinéas 2 et 3, du Code de procédure pénale. Par ordonnance du 19 février

2021, le juge des libertés et de la détention a, de nouveau, saisi la Chambre de l'instruction sur le fondement des dispositions du même texte, afin de prolonger la détention provisoire du mis en examen pour une seconde et ultime durée de quatre mois.

Dans son arrêt du 2 juin 2021, la Chambre criminelle rejette le pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt de la Chambre de l'instruction ayant décidé de cette ultime prolongation. En premier lieu, elle affirme que la Chambre de l'instruction ne pouvait qualifier criminels les faits de séquestration, même commis à l'encontre d'un mineur, dès lors les victimes ont été volontairement libérées avant le septième jour accompli. Dès lors, pour l'application des dispositions de l'article 145-2, alinéa 2, du Code pénal, parmi les infractions pour lesquelles l'intéressé a été mis en examen, ne figure qu'un seul crime prévu au livre II du Code pénal, en l'espèce le viol aggravé.

Pour autant, l'arrêt attaqué n'encourt pas la censure. En effet, en second lieu, la Cour de cassation souligne que la prolongation de la détention provisoire prévue par l'article 145-2 du Code de procédure pénale s'applique également lorsque la personne est poursuivie, notamment, pour « *extorsion de fonds* ». Certes, selon les termes de sa mise en examen, le requérant est poursuivi pour avoir obtenu par violences, menaces de violences ou contrainte la révélation de « *secrets* », en l'espèce le code des cartes bancaires des époux, cette extorsion étant aggravée par la circonstance d'usage ou menace d'une arme. Il n'en demeure pas moins que l'article 145-2 du Code de procédure pénale, même s'il vise l'« *extorsion de fonds* », est applicable en l'espèce. Il ressort, en effet, des travaux préparatoires de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 qu'en visant le trafic de stupéfiants, le terrorisme, le proxénétisme, ou l'extorsion de fonds à l'article 145-2, alinéa 2, du Code de procédure pénale, le législateur a entendu énumérer des catégories ou des ensembles d'infractions, en usant de termes génériques. Il s'en déduit que l'article 145-2, alinéas 2 et 3, du Code de procédure pénale s'applique lorsque la personne est poursuivie pour le délit d'extorsion ou extorsion aggravée, quel que soit l'objet de celle-ci. Le pourvoi est donc rejeté.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2021-911/919 QPC du 4 juin 2021 : inconstitutionnalité de l'utilisation de la visioconférence sans accord des parties devant les juridictions pénales dans un contexte d'urgence sanitaire

Par arrêt du 2 mars 2021, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité rédigée en ces termes : « *L'article 2 de l'ordonnance n° 2020-1401 du 18 novembre 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière pénale, en ce qu'il permet au juge des libertés et de la détention d'imposer le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle sans l'accord de la personne concernée, est-il conforme à la Constitution et notamment au principe constitutionnel des droits de la défense, au droit à un recours effectif, au droit de tout détenu de voir sa situation traitée dans le respect des règles de compétences et de procédures fixées par le code de procédure pénale, au droit à la liberté et à la sûreté, et au droit à la comparution personnelle et physique, garantis l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ?* » (Cass. crim., 2 mars 2021, n° 21-90.001).

Dans sa décision du 4 juin 2021, le Conseil constitutionnel rappelle que, selon l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Il souligne également que les dispositions contestées, applicables jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois après la cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré par décret du 14 octobre 2020 et prorogé dans les conditions prévues par l'article L. 3131-13 du Code de la santé publique, permettent de recourir à la visioconférence devant les juridictions pénales sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'accord des parties. 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 les Sages, en premier lieu, les dispositions contestées permettent aux juridictions pénales d'imposer au justiciable le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle dans un grand nombre de cas. 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. Il en résulte 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 ce moyen 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 »*.

Néanmoins, le Conseil met en exergue que les dispositions déclarées contraires à la Constitution ont été abrogées par la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire. Il ajoute, néanmoins, 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, 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., 8 juin 2021, n° 21-81.515 : la Chambre de l'instruction, saisie de l'unique objet d'un appel relatif à un placement en détention provisoire, ne peut se prononcer sur la régularité des actes venant au soutien de ce placement

En l'espèce, à la suite de la violation de son contrôle judiciaire, une personne mise en examen a été placée en rétention judiciaire le 12 janvier 2021 à 19 heures 30. Le juge d'instruction, informé le lendemain à 14 heures 02 de cette rétention, a ordonné sa comparution devant lui à 19 heures 30. L'intéressé, dont la retenue a été levée à 19 heures 20, a été présenté au juge d'instruction le 14 janvier 2021 à 11 heures 40. Le juge des libertés et de la détention a, ensuite, ordonné la révocation du contrôle judiciaire de l'intéressé et son placement en détention provisoire.

La Chambre de l'instruction, sur appel formé par le mis en examen, a ordonné la remise en liberté du requérant. Pour ce faire les juges ont énoncé, notamment, que le principe de l'unique objet de l'appel ne fait pas obstacle à ce que soit invoquée devant la Chambre de l'instruction, saisie d'un appel à l'encontre d'une décision de placement en détention provisoire, une irrégularité de la procédure relative à un acte étant le support nécessaire de cette décision. Or, ils ont considéré que la comparution du requérant devant le magistrat instructeur avait été tardive, de sorte que la saisine du juge des libertés et de la détention, découlant de cette comparution, support nécessaire au débat contradictoire et à l'ordonnance de révocation du contrôle judiciaire de l'intéressé, était irrégulière.

Toutefois, dans son arrêt du 8 juin 2021, la Chambre criminelle rappelle qu'en permettant aux personnes mises en examen de relever appel des ordonnances qu'il prévoit, l'article 186 du Code de procédure pénale leur a attribué un droit exceptionnel dont elles ne sauraient s'autoriser pour faire juger, à l'occasion d'une de

ces procédures spéciales, des questions étrangères à son unique objet. Ainsi, en l'espèce, la Chambre de l'instruction, qui était saisie de l'unique objet de l'appel d'une ordonnance de placement en détention provisoire, ne pouvait se prononcer sur l'irrégularité des conditions de mise en œuvre de la rétention judiciaire prévue par l'article 803-3 du Code de procédure pénale, qui n'est pas un titre de détention. La cassation est donc prononcée et a pour conséquence que le mandat de dépôt délivré le 14 janvier 2021 par le juge des libertés et de la détention reprend ses pleins et entiers effets.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 8 juin 2021, n° 21-82.017 : le ministère public doit être entendu sur la demande de renvoi du débat relatif à la prolongation d'une détention provisoire

En l'espèce, un individu a été mis en examen et placé en détention provisoire. Son avocat a été convoqué en vue du débat de prolongation de la détention provisoire. Ce jour-là, avant le débat contradictoire, cet avocat a adressé au greffe du juge des libertés et de la détention un courriel indiquant qu'il ne pourrait pas s'y présenter et demandant que son client en soit informé. La personne mise en examen a alors sollicité le report du débat. Cette demande a été rejetée par le juge des libertés et de la détention qui a ordonné la prolongation de la détention provisoire. Le mis en examen a interjeté appel de cette décision, en vain.

Dans son arrêt du 8 juin 2021, la Chambre criminelle affirme qu'il résulte des dispositions des articles 145, alinéa 6, et 145-1 du Code de procédure pénale que le juge des libertés et de la détention ne peut, à peine de nullité, prononcer sur la demande de renvoi formée à l'audience par la personne mise en examen qu'après avoir recueilli préalablement les réquisitions du ministère public, partie nécessaire au débat contradictoire sur la détention provisoire. La méconnaissance de cette formalité est substantielle et porte atteinte

aux intérêts de la personne mise en examen. La preuve de son accomplissement doit résulter du procès-verbal du débat contradictoire ou des mentions de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention.

Or, en l'espèce, pour écarter le moyen de nullité de l'ordonnance de prolongation de la détention provisoire, prise de ce que le ministère public n'a pas été entendu en ses réquisitions sur la demande de renvoi du débat contradictoire formée par la personne mise en examen, l'arrêt énonce que le ministère public a requis la prolongation de la détention, ce qui implique que, selon lui, le débat devait avoir lieu immédiatement. Les juges en déduisent qu'un débat contradictoire a bien eu lieu sur le report du débat. Pour autant, la Haute juridiction judiciaire estime qu'en procédant de la sorte, les juges du fond ont méconnu les textes susvisés. En effet, il ne résulte ni de l'ordonnance prolongeant la détention provisoire ni du procès-verbal de débat contradictoire, pièces dont la Cour de cassation a le contrôle, que le ministère public ait été entendu en ses réquisitions sur le renvoi de ce débat avant que le juge des libertés et de la détention ne refuse de faire droit à cette demande. La cassation est donc prononcée et, conformément aux dispositions de l'article 803-7, alinéa 1^{er}, du Code de procédure pénale, le mis en examen est placé sous contrôle judiciaire par la Chambre criminelle.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 8 juin 2021, n° 20-86.000 : admission d'un secret partagé entre certains professionnels chargés d'évaluer la situation d'un mineur et de déterminer les actions de protection et d'aide dont lui et sa famille peuvent bénéficier

En l'espèce, une mère de famille a porté plainte et s'est constituée partie civile du chef de violation du secret professionnel contre des médecins participant à la prise en charge de son fils mineur, à raison de propos tenus lors d'une réunion de synthèse à laquelle avaient participé,

sous l'égide du conseil général, des membres du service d'éducation spéciale et de soins à domicile, une assistante sociale de secteur, le directeur de l'école et l'institutrice spécialisée de l'enfant. Le compte rendu de la réunion avait été joint à un signalement du conseil général au procureur de la République aux fins d'ouverture d'une mesure d'assistance éducative pour le mineur. À l'issue de l'information judiciaire, le juge d'instruction a décidé n'y avoir lieu à suivre.

L'intéressée a interjeté appel de cette décision. La Chambre de l'instruction a confirmé l'ordonnance de non-lieu du juge d'instruction aux motifs que les informations révélées par les deux médecins mis en cause, lors d'une réunion tenue entre professionnels concourant à la protection de l'enfance, portaient sur des éléments pouvant faire suspecter, en raison de l'ambivalence de la mère dans le suivi de son fils et du fait que celui-ci ne progressait que lorsqu'il se trouvait hors de son domicile, des privations, sévices ou violences psychologiques sur un mineur de quinze ans. Les juges du fond en ont conclu que les dispositions de l'article 226-13 du Code pénal ne pouvaient s'appliquer, l'article 226-14 autorisant en ce cas la révélation du secret.

Dans son arrêt du 8 juin 2021, la Chambre criminelle affirme que c'est à tort que la Chambre de l'instruction s'est fondée sur l'autorisation de la loi prévue à l'article 226-14 du Code pénal, alors que la situation était étrangère aux prévisions de ce texte. Néanmoins, l'arrêt n'est pas censuré dès lors qu'il résulte de l'article L. 226-2-2 du Code de l'action sociale et des familles que, par exception à l'article 226-13 du Code pénal, les personnes soumises au secret professionnel qui mettent en œuvre ou apportent leur concours à la politique de la protection de l'enfance sont autorisées à partager entre elles des informations à caractère secret afin d'évaluer une situation individuelle, de déterminer et de mettre en œuvre les actions de protection et d'aide dont les mineurs et leur famille peuvent bénéficier, après en avoir informé les personnes responsables du mineur.

Or, en l'espèce, les conditions d'application de cette disposition étaient réunies, en ce que, d'une part, les participants à la réunion étaient soumis au secret professionnel par application, pour les uns, des dispositions de l'article L. 221-6 du code de l'action sociale et des

familles, pour les autres, de celles de l'article 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, d'autre part, la mère de l'enfant avait été préalablement informée de la tenue de cette réunion, et, enfin, l'objet de celle-ci était d'évaluer la situation d'un mineur et de déterminer les actions de protection et d'aide dont lui et sa famille pouvaient bénéficier.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 8 juin 2021, n° 20-85.853 : des modifications ou suppressions de données informatiques sont nécessairement frauduleuses dès lors qu'elles ont été sciemment dissimulées

En l'espèce, un greffier d'un tribunal de commerce a dénoncé au ministère public la disparition d'un jugement, tant dans l'historique informatique du greffe de ce tribunal que dans le minutier, qu'il a imputée à son associé. Une enquête a été diligentée à l'issue de laquelle ce dernier a été cité devant le tribunal correctionnel et condamné du chef de suppression frauduleuse de données contenues dans un système de traitement automatisé de données (STAD). Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel.

Dans son arrêt du 8 juin 2021, la Chambre criminelle rappelle que l'article 323-3 du Code pénal réprime, notamment, le fait de modifier ou supprimer frauduleusement les données contenues dans un STAD. Par application de ces dispositions, elle estime que des modifications ou suppressions de données sont nécessairement frauduleuses dès lors qu'elles ont été, comme en l'espèce, sciemment dissimulées à au moins un autre utilisateur d'un tel système, même s'il n'est pas titulaire de droits de modification.

Cet arrêt vient compléter la jurisprudence de la Cour de cassation aux termes de laquelle, dans l'hypothèse où la modification ou la suppression de données contenues dans un STAD sont effectuées par le seul titulaire des

droits d'accès et de modification des données, sans dissimulation à d'éventuels autres utilisateurs du système, l'infraction ne peut être constituée (Cass. crim., 7 janvier 2020, n°18-84.755).

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 8 juin 2021, n° 20-80.056 : seule la discrimination directe engage la responsabilité pénale

En l'espèce, le directeur d'un service départemental d'incendie et de secours (SDIS) a été cité par le ministère public devant le tribunal correctionnel du chef de discrimination, à la suite de plaintes d'un individu qui soutenait avoir fait l'objet d'une discrimination faute d'avoir pu être promu au grade d'adjudant. Il était reproché au prévenu d'avoir élaboré une note de service édictant, pour la promotion au grade d'adjudant des sapeurs-pompiers, un critère tenant à la durée des services effectués au sein de ce seul SDIS, à l'exclusion des autres SDIS, ce qui revenait, selon la prévention, de fait à empêcher toute promotion à ceux qui avaient effectué tout ou partie de leur carrière en dehors de ce ressort et pouvaient ne pas en être originaires.

Après avoir été déclaré coupable et condamné par les premiers juges, le prévenu a été relaxé par la Cour d'appel. Pour ce faire, les juges du fond ont, notamment, souligné que, si le prévenu est le directeur du SDIS, ce n'est pas lui qui décide de l'avancement puisque le classement se fait après la réunion d'une commission administrative paritaire (CAP) et que c'est la présidente du SDIS qui signe ce tableau d'avancement, ce qui formalise l'éventuelle discrimination. La Cour d'appel a également énoncé que, n'étant pas présent lors des réunions préparatoires et ne faisant qu'établir une note de service permettant d'énoncer les critères d'avancement retenus par la CAP et validés par les différents intervenants sans pour autant pouvoir entériner les promotions et donc la mise en œuvre réelle de la potentielle

discrimination, le prévenu n'a pas commis les faits reprochés.

Dans son arrêt du 8 juin 2021, la Chambre criminelle affirme que c'est à juste titre que le moyen du pourvoi relève que le prévenu, qui disposait d'un pouvoir de gestion administrative, en application de l'article L. 1424-32 du Code général des collectivités territoriales, et a établi par une note de service les critères d'avancement contestés, avait pu engager sa responsabilité pénale. En effet, en premier lieu, il ne résulte pas de l'article 225-1 du Code pénal que le fait pour quiconque d'opérer une distinction se traduisant par une discrimination prohibée implique qu'il la mette directement en œuvre. En second lieu, il suffit que ladite distinction ait été proposée par une personne participant, de par ses fonctions, au pouvoir de direction de la personne morale qui met en œuvre la mesure discriminatoire, ou de l'un de ses organes, pour que cette personne physique soit susceptible de faire l'objet de poursuites à raison de ces textes.

Pour autant, la cassation n'est pas prononcée dans la mesure où la Haute juridiction judiciaire estime que, dans la présente espèce, les faits poursuivis n'étaient pas punissables au titre des dispositions de l'article 225-1 du Code pénal. En effet, selon elle, il résulte de l'article 225-2 du Code pénal que seules sont punissables les discriminations fondées sur l'un des critères limitativement énumérés aux articles 225-1 à 225-1-2. Ces textes, qui doivent être interprétés strictement, ne répriment que la discrimination directe. À ce propos, la notion de discrimination directe se comprend par opposition à celle de discrimination indirecte, qui, selon l'article 1^{er}, alinéa 2, de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, consiste en une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour un motif fondé, notamment, sur l'un des critères énumérés à l'article 225-1 du code pénal, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens pour réaliser cet objectif ne soient nécessaires et appropriés.

Or, parmi les critères énumérés aux articles 225-1 à 225-1-2 du Code pénal figure l'origine de l'intéressé, mais non la durée d'emploi dans une région particulière. En

conséquence, il était possible de retenir comme critère d'avancement au sein du corps des sapeurs-pompiers d'un département situé outre-mer la durée des services effectués dans cette unité. Certes, il est probable que les personnes ayant été en service pendant une durée importante dans ce département insulaire en sont le plus souvent originaires. Mais, il s'agit alors d'une discrimination indirecte qui n'est pas, comme telle, réprimée par la loi.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 9 juin 2021, n° 19-86.972 et 14-82.945 : la peine de confiscation doit être strictement motivée

En l'espèce, à l'issue d'une information judiciaire, un individu a été renvoyé devant le tribunal correctionnel des chefs de violation de domicile, dégradation du bien d'autrui et vols, qui l'en a déclaré coupable. La Cour d'appel a confirmé sa culpabilité et l'a condamné à un an d'emprisonnement assorti du sursis, à 40.000 euros d'amende et à la peine complémentaire de confiscation des scellés de la procédure.

Dans son arrêt du 9 juin 2021, la Chambre criminelle casse l'arrêt des juges du fond, aux vises des articles 132-1, 132-20, alinéa 2, et 131-21 du Code pénal, desquels elle déduit qu'il incombe au juge qui décide de confisquer un bien, après s'être assuré de son caractère confiscable en application des conditions légales, de préciser la nature et l'origine de ce bien ainsi que le fondement de la mesure et, le cas échéant, de s'expliquer sur la nécessité et la proportionnalité de l'atteinte portée au droit de propriété du prévenu.

Or, en l'espèce, les juges du fond ne se sont pas expliqués, d'une part, au regard de la situation personnelle du prévenu et sur ses charges et, d'autre part, au regard de la nécessité et la proportionnalité de l'atteinte portée au droit de propriété par la mesure de confiscation, outre qu'ils n'ont pas précisé la nature et l'origine des biens confisqués ainsi que le fondement de la mesure.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 15 juin 2021, n° 20-83.749 : l'état de nécessité ne saurait être admis en présence d'un risque terroriste potentiel

En l'espèce, tôt le matin, huit individus, membres de l'association *Greenpeace France*, se sont introduits dans l'enceinte d'un centre nucléaire de production électrique en escaladant une clôture et découpant des grillages. Interpellés, ils se sont vu délivrer une convocation devant le tribunal correctionnel pour intrusion, sans autorisation de l'autorité compétente, dans l'enceinte d'une installation civile abritant des matières nucléaires, au sein de terrains clos, en réunion et avec dégradation, faits prévus par les articles L. 1333-13-14, L. 1333-13-12, L. 1333-1, L. 1333-2, L. 1333-14, L. 1411-1, D. 1333-79 du Code de la défense, L. 593-8 du Code de l'environnement, et réprimés par les articles L. 1333-13-14, alinéa 5, et L. 1333-13-17 du Code de la défense. L'enquête préliminaire, qui s'est poursuivie, a conduit à la convocation, devant cette même juridiction, d'une part, de l'association *Greenpeace France* du chef de la même infraction et, d'autre part, d'un autre individu, salarié de ladite association, pour complicité.

Les juges du premier degré ont déclaré l'ensemble des prévenus coupables des faits reprochés. La Cour d'appel a, quant à elle, déclaré coupables, d'une part, les huit membres de l'association *Greenpeace France* du délit d'intrusion dans l'enceinte d'une installation civile abritant des matières nucléaires en réunion et avec dégradation, d'autre part, ladite association pour avoir provoqué, encouragé ou incité quiconque à s'introduire sans autorisation dans l'enceinte d'une installation civile abritant des matières nucléaires, la provocation ou l'incitation ayant été suivies d'effet et, enfin, le salarié de la même association pour s'être rendu complice du délit d'intrusion dans l'enceinte d'une installation civile abritant des matières nucléaires en réunion et avec dégradation. Dans

son arrêt du 15 juin 2021, la Chambre criminelle rejette le pourvoi formé par les prévenus.

En premier lieu, la Cour de cassation souligne que, pour écarter l'état de nécessité, les juges du fond ont, après avoir rappelé que l'introduction des prévenus, par effraction et sans autorisation de l'autorité compétente, dans l'enceinte d'une centrale nucléaire, avait pour objet de dénoncer, par une action à retentissement médiatique, le manque de fiabilité de la protection d'une zone à accès réglementé et sécurisé, énoncé que, selon l'article 122-7 du Code pénal, l'état de nécessité ne peut être utilement invoqué que, d'une part, si le danger était actuel ou imminent c'est-à-dire réel, certain et en cours de réalisation ou était susceptible de se réaliser dans un avenir immédiat en menaçant directement la personne qui avait accompli l'acte illégal et, d'autre part, si cet acte était le seul moyen de l'éviter. Or, les juges ont constaté que les prévenus avaient agi de la sorte pour dénoncer le manque de protection des piscines d'une centrale nucléaire servant au refroidissement du combustible usagé toujours radioactif, notamment en cas d'action terroriste par voie terrestre ou aérienne dirigée contre l'installation, ce qui représentait non un danger actuel ou imminent les menaçant directement, mais l'expression d'une crainte face à un risque potentiel, voire hypothétique. Selon la Haute juridiction judiciaire, les juges du fond ont justifié leur décision. En effet, tout d'abord, un danger futur qu'aucune mesure actuelle ne permettrait de prévenir ne peut être assimilé à un danger actuel ou imminent au sens de l'article 122-7 du Code pénal. Ensuite, l'infraction poursuivie n'était pas, par elle-même, de nature à remédier au danger dénoncé.

En deuxième lieu, la Chambre criminelle souligne que, pour requalifier les faits reprochés à l'association *Greenpeace France* et la déclarer coupable de provocation ou incitation, suivie d'effet, à intrusion dans l'enceinte d'une installation civile abritant des matières nucléaires, les juges du fond ont énoncé qu'il résultait notamment des constatations des militaires de gendarmerie intervenus sur les lieux, des images du reportage diffusé sur la chaîne de télévision *Arte* et des explications du représentant légal de l'association, que les faits s'étaient inscrits dans le cadre d'une campagne de sensibilisation sur le risque nucléaire lié à la

fragilité supposée des piscines à combustible. Les juges ont ajouté que cette campagne avait été décidée et organisée par l'association conformément à l'objet qui lui est assigné par ses statuts et que les autres prévenus n'avaient fait que participer au type d'action qu'elle avait choisi. Selon la Cour de cassation, en l'état de ces seules énonciations, la Cour d'appel, qui a requalifié les faits en provocation à l'intrusion, « mise dans le débat par la prévenue elle-même », aux lieu et place de la prévention initiale d'intrusion, a justifié sa décision.

En troisième lieu, la Chambre criminelle note que, pour déclarer le salarié de la société *Greenpeace France* coupable de complicité d'intrusion, les juges du fond ont, notamment, énoncé qu'il connaissait parfaitement le détail de l'opération au point qu'il a pu en décrire précisément les modalités aux journalistes qui l'accompagnaient. Cette argumentation est validée par la Cour de cassation, les faits relatés, qui relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond, caractérisant des actes d'aide et assistance à l'acte principal d'intrusion poursuivi.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 15 juin 2021, n° 21-81.843 : le délai de recours à l'encontre d'une décision juridictionnelle court à compter de la notification de la traduction de cette décision dans une langue comprise par l'intéressé

En l'espèce, à l'issue d'une information judiciaire criminelle, un individu a été mis en accusation et maintenu en détention provisoire. L'ordonnance de mise en accusation, en date du 21 février 2020, a fait l'objet d'une traduction en langue portugaise, notifiée à l'accusé le 16 mars 2020. Par réquisitions du 16 février 2021, le procureur général a saisi la Chambre de l'instruction aux fins de prolongation de la détention provisoire de l'intéressé, dans l'attente de sa comparution devant la juridiction criminelle.

Par arrêt du 11 mars 2021, la Chambre de l'instruction a ordonné cette prolongation pour

une durée de six mois à partir de l'expiration du délai d'un an qui s'est écoulé à compter de la date à laquelle la décision de mise en accusation est devenue définitive. Elle a estimé que le délai d'un an, prévu par l'article 181 du Code de procédure pénale, n'était pas expiré au motif que l'ordonnance de mise en accusation constitue un acte essentiel dont la complexité impose la traduction pour qu'elle soit opposable à une personne maîtrisant mal le français afin de lui permettre d'exercer pleinement les droits de la défense. Les juges du fond en ont déduit que c'est à partir du 16 mars 2020 que le délai de dix jours de recours à l'encontre de l'ordonnance de mise en accusation a couru, de sorte que ladite ordonnance n'est devenue définitive que le 26 mars 2020. Ils en ont conclu que le délai dans lequel l'accusé devait comparaître devant la Cour d'assises commençant le 26 mars 2020, il expirait le 26 mars 2021.

Dans son arrêt du 15 juin 2021, la Chambre criminelle valide ce raisonnement. Selon elle, en effet, la notification en langue étrangère comprise par l'accusé, permettant à celui-ci d'exercer une voie de recours et les droits de la défense, reporte la date à laquelle l'ordonnance devient définitive, sauf lorsque la traduction n'a pas été effectuée dans le délai raisonnable prévu par l'article D. 594-8 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., 16 juin 2021, n° 20-82.941 : le délit de faux peut s'appliquer à un écrit qui n'est pas requis par les textes, ne créé pas le droit qu'il atteste et créé un simplement préjudice potentiel

En l'espèce, une société a porté plainte à l'encontre d'un individu des chefs de tentative d'escroquerie, d'extorsion et de chantage. Le procureur de la République a ouvert une enquête préliminaire dont il est ressorti une pratique, organisée par le mis en cause, dans le cadre de laquelle auraient eu lieu ses démarches envers la société plaignante, alors qu'il disait

entendre lutter contre des fraudes commises par des sociétés immobilières consistant pour celles-ci à minorer, lors des déclarations, les surfaces soumises à la redevance pour création de bureaux ce qui portait atteinte aux finances locales. La pratique paraissant ainsi mise en œuvre s'appuierait sur une association dont le mis en cause était le président et qu'il avait créée afin de disposer d'un intérêt à agir dans la contestation de permis de construire délivrés par une commune. Il avait, ainsi, engagé des recours administratifs contre des sociétés immobilières ayant d'importants projets, ce qui entraînait un retard dans leur réalisation. L'association, sans laisser le recours arriver à son terme, proposait une transaction à la société et percevait ainsi une somme, qui demeurait dérisoire à l'échelle du projet immobilier, en contrepartie de laquelle elle se désistait de son recours.

L'intéressé a été déclaré coupable, notamment, du chef de faux et a été condamné à payer diverses sommes aux parties civiles, ce qui a été confirmé par la Cour d'appel. Pour ce faire, les juges du fond ont énoncé que les procès-verbaux de tenue d'assemblée générale et de réunion du conseil d'administration de l'association ne correspondent pas à la réalité factuelle et contiennent une altération de la vérité, comme cela ressort des déclarations des prétendus membres de l'association selon lesquelles ils n'ont jamais participé à une quelconque réunion du conseil d'administration associatif, voire, pour certains, ont ignoré en être membre. Ils ont considéré qu'un procès-verbal de réunion d'un organe délibérant d'une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 constitue un écrit, donnant à l'association l'apparence trompeuse d'un fonctionnement conforme aux dispositions légales et statutaires, et ayant pour objet l'établissement de la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques. Ils ont relevé, enfin, que le préjudice ou la possibilité d'un préjudice est nécessairement attaché à la falsification de tels procès-verbaux de réunion d'assemblée générale et du conseil d'administration d'une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 qui met en cause la validité des décisions apparemment prises et permet de contester la régularité et les pouvoirs des organes de la personne morale.

Dans son arrêt du 16 juin 2021, la Chambre criminelle valide ce raisonnement. En effet, en premier lieu, un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée, ayant un objet ou pouvant avoir un effet probatoire, peut constituer un faux même s'il n'est pas exigé par la loi ou n'est pas nécessaire d'après les statuts de l'association. En deuxième lieu, le délit de faux n'implique pas que le document falsifié crée le droit qu'il atteste. En troisième lieu, le préjudice causé par la falsification d'un écrit peut résulter de la nature même de la pièce falsifiée ; tel est le cas de l'altération de procès-verbaux d'assemblée générale ou de réunion d'une association, qui est de nature à permettre de contester la régularité ou les pouvoirs d'un de ses organes.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 16 juin 2021, n° 19-86.630 : en matière correctionnelle, la notification du droit de se taire, faite au prévenu lors de l'ouverture des débats, n'a pas à être renouvelée à chaque reprise des débats

En l'espèce, deux individus ont été relaxés du chef d'escroquerie. Le procureur de la République et la partie civile ont interjeté appel de cette décision. Les seconds juges ont déclaré les prévenus coupables des faits qui leur étaient reprochés. Au soutien de leur pourvoi en cassation, les intéressés font valoir qu'il ne résulte pas des énonciations de l'arrêt de la Cour d'appel que le président de cette juridiction ait informé les prévenus comparants de leur droit de se taire.

Dans son arrêt du 16 juin 2021, la Chambre criminelle rappelle qu'en application de l'article 406 du Code de procédure pénale, devant le tribunal correctionnel, le président ou l'un des assesseurs, par lui désigné, informe le prévenu de son droit, au cours des débats, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire. Elle ajoute que la méconnaissance de l'obligation d'informer le prévenu du droit de se taire lui fait

nécessairement grief. Par ailleurs, selon l'article 512 du même Code, ces dispositions sont applicables devant la Chambre des appels correctionnels.

Pour autant, la Chambre criminelle ajoute qu'en matière correctionnelle, la notification du droit de se taire, faite au prévenu lors de l'ouverture des débats, n'a pas à être renouvelée à chaque reprise des débats, fût-elle intervenue à la suite d'un arrêt qualifié d'avant dire-droit et ordonnant la réouverture des débats. Or, en l'espèce, s'il ne résulte pas des énonciations de l'arrêt attaqué que les prévenus, comparants assistés de leur conseil, ont été informés de leur droit de se taire, la Cour de cassation est en mesure de s'assurer que l'information des droits conformément à l'article 406 du Code de procédure pénale avait été régulièrement effectuée à l'égard des prévenus lors de l'ouverture des débats. En conséquence, le moyen, inopérant, est écarté.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 16 juin 2021, n° 20-83.098 : des organes et représentants de fait d'une personne morale sont susceptibles d'engager la responsabilité pénale de cette dernière

En l'espèce, une société holding opérant dans le secteur des télécoms s'est vue reprocher d'avoir, dans le cadre de l'obtention de marchés de matériels téléphoniques au Costa Rica pour un montant de près de 300 millions de dollars, versé des commissions à des agents publics ainsi qu'à des personnalités politiques du Costa Rica. Ces versements frauduleux étaient attribués à la filiale du groupe au sein de laquelle deux salariés exerçaient les fonctions de directeur et ce, sous couvert de contrats de consultant signés par une autre filiale.

À l'issue de l'information judiciaire, la société holding a été renvoyée devant le tribunal correctionnel pour y être jugée du chef de corruption active d'agent public étranger, pour avoir proposé sans droit, directement ou indirectement à une personne dépositaire de

l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public dans un État étranger, des offres, des promesses, des dons ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui afin d'obtenir qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction ou de son mandat ou facilité par sa fonction ou son mandat.

La société holding a été déclarée coupable en ce que, par l'intermédiaire de l'un de ses responsables et de ses subordonnés, elle avait fait procéder au recrutement de consultants implantés au Costa Rica, ces salariés étant chargés de verser des fonds, directement ou indirectement, à des agents publics du Costa Rica, afin que la filiale de la société holding obtienne l'attribution et la conservation du marché concerné. Par ailleurs, il avait été établi que la société avait permis le paiement des consultants et le versement des fonds illicites par sa filiale aux moyens, dans un premier temps, de l'approbation délivrée par le « *Risk Assessment Committee* » (« *RAC* ») central du groupe et, dans un second temps, de la validation des paiements dans le cadre de l'établissement et de l'approbation de ses comptes consolidés.

Au soutien de leur pourvoi en cassation, les requérants affirmaient que le salarié d'une société filiale ne peut constituer le représentant de la société holding, au sens de l'article 121-2 du Code pénal, qu'à la condition que les juges du fond s'expliquent sur l'existence d'une délégation de pouvoirs à son profit. Ils ajoutaient que le même article 121-2 du Code pénal avait été méconnu en ce que le « *RAC* » central avait été qualifié d'organe susceptible d'engager la responsabilité pénale de la société holding, au seul motif qu'il lui serait attribué un pouvoir décisionnel.

Dans son arrêt du 16 juin 2021, la Chambre criminelle rejette ce pourvoi. Elle estime, en effet, que les juges du fond ont établi, sans insuffisance ni contradiction, que s'agissant de faits commis dans le cadre d'un groupe de sociétés dont la société condamnée est la société holding, la corruption active d'agent public étranger a été commise, pour le compte de cette société holding, par la combinaison des interventions de trois salariés des filiales de la société, représentants de fait de cette dernière en raison de l'existence de l'organisation

transversale propre au groupe à leur profit et du « *RAC* » central, organe de ladite société composé de dirigeants du groupe dont la mission l'amenait à valider, pour le compte de ce groupe, le recours à des paiements illicites sous couvert de contrats de consultants.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 16 juin 2021, 21-80.614 : rappel de l'effet limité des nullités aux actes affectés par l'irrégularité et ceux dont ils sont le support nécessaire

En l'espèce, des agents des douanes ont procédé au contrôle d'un véhicule. La fouille du bagage d'un passager a permis la découverte de liasses de billets de 500 euros pour un montant global de 215.080 euros. Des opérations complémentaires de fouille, de décompte, dépistage et consignation des fonds et d'audition de l'intéressé ont été effectuées au siège de l'unité douanière à l'issue desquelles le mis en cause a été placé en garde à vue. Ce dernier a ensuite été mis en examen et placé sous contrôle judiciaire.

La Chambre de l'instruction a prononcé la nullité de l'intégralité des pièces du dossier d'instruction. Pour ce faire, les juges du fond ont, pour l'essentiel, relevé que la nature des opérations réalisées par les agents des douanes, leur chronologie et leur étalement dans le temps avaient été à l'origine d'un maintien du mis en examen à leur disposition au-delà de ce qui était strictement nécessaire à l'accomplissement de la mesure du droit de visite. Ils en ont déduit qu'en faisant une application extensive et erronée des prérogatives inhérentes à l'exercice du droit de visite, prévu par l'article 60 du Code des douanes, les agents de l'administration des douanes avaient effectué un détournement de cette procédure leur permettant ainsi de pallier l'impossibilité de procéder à une retenue douanière et ce, au mépris des droits de la défense et de l'exercice d'un contrôle de l'autorité judiciaire. Ils en ont conclu que la procédure douanière était entachée de nullité,

de même que la procédure ouverte en flagrant délit et l'information judiciaire qui trouvent leur support nécessaire dans cette procédure douanière.

Dans son arrêt du 16 juin 2021, la Chambre criminelle rappelle qu'aux termes des articles 174 et 802 du Code de procédure pénale, lorsqu'une irrégularité constitue une cause de nullité de la procédure, seuls doivent être annulés les actes affectés par cette irrégularité et ceux dont ils sont le support nécessaire. Or, en l'espèce, en statuant comme elle l'a fait, la Chambre de l'instruction a méconnu lesdits textes. En effet, d'une part, le maintien d'une personne à la disposition des agents des douanes dans le cadre de l'exercice du droit de visite des marchandises, des moyens de transport et des personnes, prévu à l'article 60 du Code des douanes, au-delà de ce qui est strictement nécessaire à l'accomplissement de cette mesure et à l'établissement du procès-verbal qui la constate n'entraîne l'annulation de la procédure de contrôle douanier qu'à compter du moment où la mesure de contrainte cesse d'être justifiée. Dès lors, ne doivent être annulés ou annulés que les procès-verbaux ou les mentions de procès-verbaux dressés par l'administration des douanes postérieurement à ce moment. D'autre part, le maintien irrégulier sous contrainte dans le cadre des opérations de contrôle effectuées sur le fondement de l'article 60 du Code des douanes ne suffit pas à lui seul à entraîner la nullité de la procédure judiciaire qui lui fait suite. En conséquence, il appartenait à la Chambre de l'instruction de rechercher s'il subsistait dans la procédure douanière des éléments suffisants pour justifier l'enquête de flagrance et l'information judiciaire subséquentes. La cassation est donc prononcée.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2021-918 QPC du 18 juin 2021 : constitutionnalité de l'absence de recours à l'encontre d'une ordonnance de refus d'homologation dans le cadre de la procédure

de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité

Par arrêt du 7 avril 2021, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité rédigée en ces termes : « *L'article 495-11-1 du Code de procédure pénale en ce qu'il ne prévoit pas de voie de recours à l'encontre de l'ordonnance de refus d'homologation par le juge porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ?* » (Cass. crim., 7 avril 2021, n° 21-90.004).

Le requérant reprochait aux dispositions litigieuses de ne prévoir aucun recours au fond contre la décision par laquelle, dans le cadre d'une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, le magistrat du siège refuse d'homologuer la peine proposée par le procureur de la République et acceptée par la personne poursuivie qui a reconnu sa culpabilité. Selon le requérant, il en résulterait une méconnaissance des droits de la défense dès lors que, à la suite de ce refus d'homologation, la personne est traduite devant une juridiction de jugement qui serait nécessairement informée de ce qu'elle a reconnu sa culpabilité. Il en résulterait également une méconnaissance du droit à un recours juridictionnel effectif. Il en résulterait, enfin, une méconnaissance du principe d'égalité devant la loi puisque, dans le cas où le magistrat du siège homologue la peine proposée par le procureur de la République et acceptée par le prévenu, ce dernier peut, en revanche, interjeter appel de cette ordonnance d'homologation.

Dans sa décision du 18 juin 2021, le Conseil constitutionnel souligne, en premier lieu, que la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est une procédure particulière de jugement de certains délits qui peut être librement mise en œuvre par le procureur de la République dès lors que la personne poursuivie a reconnu les faits. Ainsi, la personne poursuivie ne dispose pas d'un droit à être jugée selon cette procédure alors même qu'elle a reconnu les faits qui lui sont reprochés. Elle ne dispose pas davantage, lorsque le procureur de la République a décidé de recourir à cette procédure et qu'elle a accepté la peine qu'il lui a proposée, d'un droit à son

homologation par le président du tribunal judiciaire. Par ailleurs, il résulte de l'article 495-12 du Code de procédure pénale que l'ordonnance de refus d'homologation a pour seul effet que, sauf élément nouveau, le procureur de la République saisit, dans les conditions de droit commun, le tribunal correctionnel ou requiert l'ouverture une information judiciaire. Dès lors, l'absence de voie de recours permettant de remettre en cause la décision de refus d'homologation ne méconnaît pas le droit à un recours juridictionnel effectif.

En second lieu, les Sages notent que, lorsque, à l'issue de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, le président du tribunal judiciaire, ou le juge délégué par lui, n'a pas homologué la proposition de peine, le deuxième alinéa de l'article 495-14 du Code de procédure pénale prévoit que le procès-verbal de la procédure ne peut être transmis à la juridiction d'instruction ou de jugement et que, ni le ministère public, ni les parties ne peuvent faire état devant cette juridiction des déclarations faites ou des documents remis au cours de la procédure. Dès lors, les dispositions contestées ne portent pas atteinte au respect des droits de la défense.

En conséquence, les dispositions contestées, qui ne méconnaissent pas non plus le principe d'égalité devant la loi ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarées conformes à la Constitution.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2021-920 QPC du 18 juin 2021 : inconstitutionnalité de l'absence d'information du prévenu ou de l'accusé du droit qu'il a de se taire devant les juridictions saisies d'une demande de mainlevée du contrôle judiciaire ou de mise en liberté

Par arrêt du 13 avril 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 148-2 du Code de procédure pénale en ce qu'elles ne prévoient pas que devant toute juridiction appelée à statuer, en application des articles 141-1 et 148-1, sur une demande de mainlevée totale ou partielle du contrôle judiciaire ou sur une demande de mise en liberté, la personne concernée, lorsqu'elle est comparante, soit informée de son droit, au cours des débats, de se taire, alors que cette juridiction doit s'assurer, même d'office, que les conditions légales de ces mesures de sûreté sont réunies, en constatant expressément l'existence de charges suffisantes d'avoir commis les délits ou les crimes pour lesquels le prévenu ou l'accusé a été renvoyé ou mis en accusation devant la juridiction de jugement, méconnaissent-elles les droits et libertés constitutionnellement garantis, et plus particulièrement les articles 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et 34 de la Constitution ? » (Cass. crim., 13 avril 2021, n° 21-80.728).

Dans sa décision du 18 juin 2021, le Conseil constitutionnel rappelle que l'article 148-2 du Code de procédure pénale définit les règles de procédure applicables devant la juridiction compétente, en application des articles 141-1 et 148-1 du même Code, pour connaître d'une demande de mainlevée d'une mesure de contrôle judiciaire ou d'une demande de mise en liberté. Il résulte de ces dispositions que cette juridiction se prononce après audition du prévenu ou de l'accusé ou de son avocat.

Or, en premier lieu, lorsqu'une juridiction est saisie de telles demandes, il lui revient de vérifier si les faits retenus à titre de charges à l'encontre de la personne comparaissant devant elle justifient le maintien de la mesure de sûreté. En second lieu, lorsque cette personne comparaît devant cette juridiction, elle peut être amenée, en réponse aux questions qui lui sont posées, à reconnaître les faits qui lui sont reprochés. Ces déclarations ou ces réponses apportées par la personne aux questions de la juridiction sont susceptibles d'être portées à la connaissance de la juridiction de jugement. Dès lors, en ne prévoyant pas qu'un prévenu ou un accusé comparaissant devant une juridiction statuant sur une demande de mainlevée du contrôle judiciaire ou sur une demande de mise en liberté doit être informé de son droit de se taire, les dispositions contestées portent atteinte à ce droit. Par conséquent, sans qu'il soit besoin

d'examiner l'autre grief, elles doivent être déclarées contraires à la Constitution.

Pour autant, selon les Sages, d'une part, 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 leur abrogation. D'autre part, les mesures prises avant la publication de la présente décision ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité. Néanmoins, 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 juridiction statuant sur une demande de mainlevée d'un contrôle judiciaire ou une demande de mise en liberté doit informer le prévenu ou l'accusé 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

Cass. crim., 22 juin 2021, n° 21-80.407 : le curateur ou le tuteur de la personne mise en cause doit être avisé des poursuites et des décisions de condamnation dont cette personne fait l'objet, mais aussi de la date de toute audience concernant la personne protégée

En l'espèce, à la suite d'un signalement, les gendarmes sont intervenus dans un appartement pour secourir une femme et ont procédé à l'interpellation d'un suspect. À l'issue de sa garde à vue, le 30 décembre 2019, l'intéressé a été mis en examen des chefs d'arrestation, enlèvement, séquestration ou détention arbitraire, viol et violences aggravés. Il a été placé en détention provisoire. Par courrier daté du 28 juillet 2020, un avocat a informé le juge d'instruction qu'il était saisi par le curateur du mis en examen et qu'il assistait l'intéressé dans le cadre de l'information judiciaire. Cet avocat a formé, le 14 décembre 2020, une requête tendant à l'annulation, notamment, de

la garde à vue et de l'interrogatoire de première comparution de l'intéressé.

Le président de la Chambre de l'instruction a déclaré irrecevable cette requête aux motifs, d'une part, que, lors de son audition en garde à vue, le mis en examen avait déclaré qu'il était sous curatelle et qu'il n'était pas en mesure de communiquer les coordonnées de son curateur et, d'autre part, que l'intéressé avait été assisté d'un avocat lors de sa mise en examen et qu'à l'issue de l'interrogatoire de première comparution, au cours duquel il avait usé de son droit au silence, il avait déclaré qu'il renonçait à l'assistance d'un avocat pour la suite de la procédure. Le président de la Chambre de l'instruction en a conclu que, dès lors que les moyens de nullité tirés de ce que le mis en examen était placé sous un régime de protection étaient connus lors de son interrogatoire de première comparution et pouvaient être soulevés dès cet acte de procédure par le mis en examen ou son conseil, le délai de forclusion prévu par l'article 173-1 du Code de procédure pénale avait commencé à courir le 30 décembre 2019 pour se terminer le 30 juin 2020.

Dans son arrêt du 22 juin 2021, la Chambre criminelle rappelle, conformément aux dispositions des articles 173 et 173-1 du Code de procédure pénale, d'une part, que le président de la Chambre de l'instruction, lorsque celle-ci est saisie par une partie d'une requête en annulation d'actes ou de pièces de la procédure, ne peut constater son irrecevabilité que dans l'un des cas limitativement énumérés et, d'autre part, que, si, à peine d'irrecevabilité, la personne mise en examen doit faire état des moyens pris de la nullité des actes accomplis avant son interrogatoire de première comparution ou de cet interrogatoire lui-même dans un délai de six mois à compter de la notification de sa mise en examen, une telle irrecevabilité ne peut lui être opposée dans le cas où elle n'aurait pu en connaître.

Or, en se déterminant comme il l'a fait, le président de la Chambre de l'instruction a, selon la Cour de cassation, excédé ses pouvoirs. En effet, en premier lieu, lorsqu'il apparaît en procédure, comme au cas présent, que la personne concernée est un majeur protégé, selon l'article 706-113 du Code de procédure pénale, son curateur ou son tuteur doit être avisé, d'une part, des poursuites et des décisions

de condamnation dont cette personne fait l'objet, d'autre part, de la date de toute audience concernant la personne protégée. En second lieu, dès lors que le majeur protégé mis en examen ne bénéficie pas de l'assistance de son tuteur ou curateur, l'intéressé ne peut être regardé comme étant en mesure de connaître les éventuelles nullités affectant la procédure, de sorte que le délai ne court pas. L'annulation est donc prononcée.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 22 juin 2021, n° 20-86.726 : la requalification de faits précédemment notifiés lors de l'interrogatoire de première comparution ou d'un précédent interrogatoire n'impose pas le recueil préalable des observations de la personne mise en examen ou de son conseil

En l'espèce, une information judiciaire a été ouverte des chefs d'homicide volontaire sur la personne et de tentative d'homicide volontaire. Quelques mois plus tard, un individu a été mis en examen de ces deux chefs. Par la suite, le juge d'instruction a communiqué la procédure au procureur de la République aux fins de réquisitions supplétives pour assassinat et tentative d'assassinat en raison des éléments issus de l'instruction qui permettaient d'envisager la préméditation. Le procureur de la République a alors pris un réquisitoire supplétif de ces deux chefs d'assassinat et de tentative d'assassinat. L'intéressé a été mis en examen de ces chefs et saisi la Chambre de l'instruction d'une requête en nullité de cette mise en examen, prise de ce qu'il avait été privé de son droit de faire valoir sa défense préalablement à sa notification. Sa requête a été rejetée.

Dans son arrêt du 22 juin 2021, la Chambre criminelle rappelle, en premier lieu, qu'en vertu de l'article 6, § 3, a), de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, tout accusé a droit à être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une

manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui. L'article précité reconnaît ainsi à l'accusé le droit d'être informé, non seulement de la cause de l'« *accusation* », c'est-à-dire des faits matériels qui sont mis à sa charge et sur lesquels se fonde l'accusation, mais aussi de la qualification juridique donnée à ces faits, et ce d'une manière détaillée. Ainsi, selon la Cour européenne des droits de l'Homme, le droit à être informé sur la nature et la cause de l'accusation doit être envisagé à la lumière du droit pour l'accusé de préparer sa défense. Pour autant, la Cour estime que l'information sur les accusations portées, y compris sur la qualification juridique que le tribunal pourrait retenir en la matière, doit, soit être donnée avant le procès dans l'acte d'inculpation, soit, à tout le moins, au cours du procès par d'autres moyens tels qu'une extension formelle ou implicite des charges (CEDH, 20 avril 2006, *I.H. et autres c/ Autriche*, n° 42780/98). Il s'ensuit que l'article 6 de la Convention européenne n'exige pas qu'au cours de l'information judiciaire, durant laquelle les qualifications sont provisoires, les observations de la personne mise en examen ou de son avocat soient recueillies préalablement à une requalification des faits par le juge d'instruction.

La Chambre criminelle rappelle, en second lieu, qu'il résulte de l'article 80-1 du Code de procédure pénale, qui renvoie à l'article 116 dudit Code, que le juge d'instruction n'est tenu de recueillir les observations de la personne qu'il envisage de mettre en examen et qui n'a pas déjà été entendue comme témoin assisté, que lors de son interrogatoire de première comparution. Cette interprétation est corroborée par la finalité de l'article 116 qui est de garantir un débat contradictoire avant l'octroi du statut de personne mise en examen. Or, en cas de requalification des faits, l'intéressé étant déjà mis en examen, cette formalité n'a pas lieu d'être renouvelée. Elle est également seule compatible avec l'article 118 du Code de procédure pénale qui prévoit, par exception, le recueil des observations de la personne mise en examen en cas de substitution d'une qualification criminelle à une qualification délictuelle, en raison des conséquences qui sont attachées à cette requalification au regard tant de la juridiction compétente pour connaître

éventuellement des faits que du régime de la détention.

Selon la Haute juridiction judiciaire, il se déduit de l'ensemble de ces éléments que, sauf si une qualification criminelle est substituée à une qualification correctionnelle, le juge d'instruction peut, lors d'un interrogatoire, requalifier les faits reprochés à la personne mise en examen sans recueillir préalablement ses observations ou celles de son avocat, y compris si le quantum de la peine encourue au titre de cette nouvelle qualification est plus sévère. Or, en l'espèce, pour écarter le moyen de nullité de la mise en examen des chefs d'assassinat et tentative, l'arrêt, après avoir relevé que le juge d'instruction n'a procédé qu'à une requalification des faits pour lesquels l'intéressé était déjà mis en examen, énonce que, dans ce cas, sauf requalification de faits délictuels en criminels, hypothèse visée à l'article 118 du Code de procédure pénale, aucune disposition ne prévoit l'obligation pour le juge d'instruction de recueillir préalablement les observations de la personne mise en examen ou de son avocat ou de l'avoir mise en mesure de les faire. Le pourvoi est donc rejeté.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 23 juin 2021, n° 20-86.314 : interprétation stricte de la circonstance aggravante tenant aux violences commises dans les établissements d'enseignement ou d'éducation

En l'espèce, un détenu a fait l'objet de deux comptes-rendus d'incident le mettant en cause pour avoir commis des violences volontaires sur deux autres détenus, à des dates distinctes. Le tribunal correctionnel l'a déclaré coupable des faits de violences volontaires sans incapacité, aggravées par la circonstance qu'elles ont été commises dans un local administratif ou aux abords de l'entrée ou la sortie du public. La Cour d'appel a confirmé cette déclaration de culpabilité.

Dans son arrêt du 23 juin 2021, la Chambre criminelle rappelle que l'article 222-13, 11°, du Code pénal réprime de peines correctionnelles les violences commises dans les établissements d'enseignement ou d'éducation ou dans les locaux de l'administration, ainsi que, lors des entrées ou sorties des élèves ou du public ou dans un temps très voisin de celles-ci, aux abords de ces établissements ou locaux. Selon elle, les seuls locaux administratifs ainsi visés sont ceux qui dépendent des établissements d'enseignement ou d'éducation. En effet, la place, dans l'énumération de l'article 222-13, 11° des mots « *locaux administratifs* », après l'expression « *établissements d'enseignement et d'éducation* », et avant les « *entrées et sorties d'élèves* » démontre que les locaux administratifs concernés sont ceux qui relèvent de l'administration des établissements d'enseignement ou d'éducation, cette circonstance aggravante visant à réprimer les seules violences commises dans un contexte éducatif.

Or, en l'espèce, pour déclarer le prévenu coupable de cette infraction, la Cour d'appel a relevé qu'il a commis des violences dans un établissement pénitentiaire et que les travaux parlementaires ne permettent pas d'affirmer que l'article 222-13, 11° précité ne viserait que les locaux de l'administration des établissements d'éducation, la loi n'excluant aucune catégorie d'administration et les lieux d'incarcération relevant de l'administration pénitentiaire. La cassation est donc prononcée dans le prolongement d'une solution déjà rendue en ce sens (Cass. crim., 14 octobre 2020, n° 19-86.759).

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 23 juin 2021, n° 20-84.212 : neutralisation par le droit de l'Union européenne de la répression pénale relative au cannabidiol (CBD)

En l'espèce, les services de police ont découvert dans les locaux d'un commerce divers produits contenant du cannabis, retirés de la

vente et entreposés dans le réfrigérateur dans l'attente de l'issue d'une procédure similaire concernant des produits découverts dans un autre magasin de la même enseigne. Le dirigeant de la société a été poursuivi, notamment, du chef d'infractions à la législation sur les stupéfiants. Il a été condamné du chef de complicité de détention, d'offre ou cession et d'acquisition non-autorisée de produits stupéfiants.

Dans son arrêt du 23 juin 2021, la Chambre criminelle que le droit de l'Union européenne et la jurisprudence de la Cour de justice de Luxembourg (CJUE, 19 novembre 2020, *B.S., C.A.*, aff. C-663/18) s'opposent à une réglementation nationale interdisant la commercialisation du cannabidiol (CBD) légalement produit dans un autre État-membre, lorsqu'il est extrait de la plante de cannabis sativa dans son intégralité et non de ses seules fibres et graines, à moins que cette réglementation soit propre à garantir la réalisation de l'objectif de protection de la santé publique et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint.

En conséquence, faute pour les juges du fond d'avoir recherché, alors qu'ils y étaient invités, si les substances saisies n'avaient pas été légalement produites dans un autre État-membre de l'Union européenne, la cassation est prononcée.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et
procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 30 juin 2021, n° 20-81.570 : la jurisprudence relative à l'applicabilité de l'abus de confiance au temps de travail est prévisible et applicable à des faits commis avant son prononcé

En l'espèce, à l'issue d'une information judiciaire, un individu a été renvoyé devant le tribunal correctionnel du chef d'abus de confiance au préjudice de la société dont il était salarié, pour avoir fait usage d'un temps de travail et de moyens humains et matériels mis à sa disposition par son employeur. Une autre personne a fait l'objet d'une décision identique pour des faits de complicité du délit d'abus de

confiance commis par le premier individu. Le tribunal correctionnel a constaté la prescription de l'action publique, relaxé les prévenus, déclaré recevable la constitution de partie civile de la société plaignante, mais débouté celle-ci de ses demandes. Seule cette société, partie civile, a fait appel de ce jugement. La Cour d'appel a dit que les deux prévenus avaient commis une faute envers la partie civile et les a condamnés à lui verser des dommages-intérêts.

Dans son arrêt du 30 juin 2021, la Chambre criminelle considère que la Cour d'appel a énoncé à tort que la question de la qualification pénale des faits était sans objet, les faits retenus pour établir une faute civile devant, non seulement entrer dans les prévisions du texte pénal, mais aussi relever d'une infraction susceptible d'être poursuivie à la date des faits. Or, selon la Cour de cassation, « *tel n'est pas le cas lorsque les faits poursuivis n'entrent dans les prévisions d'une infraction que par l'effet d'une jurisprudence postérieure qui n'était pas prévisible* ». Pour autant, en l'espèce, l'arrêt attaqué n'encourt pas la censure, dès lors que l'arrêt du 19 juin 2013 de la Cour de cassation (n° 12-83.031), invoqué par le demandeur, a seulement précisé les contours de l'infraction d'abus de confiance d'une manière qui était prévisible au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, la Cour de cassation s'étant, par plusieurs arrêts antérieurs, engagée dans le sens d'une conception dématérialisée de l'objet détourné.

Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil et
procédure civile à l'ISP

Civ. 2e, 25 mars 2021, n° 20-14.309, nécessité de proportionnalité dans le cadre d'une mesure d'instruction *in futurum*

Le contrôle de proportionnalité tend à se développer de plus en plus en droit substantiel, mais trouve également des applications en procédure civile. Ainsi, la Cour de cassation retient que les mesures légalement admissibles au sens de l'article 145 du Code de procédure civile doivent être circonscrites dans le temps et

dans leur objet et proportionnées à l'objectif poursuivi. Dès lors, il incombe au juge de vérifier si la mesure ordonnée est nécessaire à l'exercice du droit à la preuve du requérant et proportionnée aux intérêts antagonistes en présence. En l'espèce, une radio interjetée appel de l'ordonnance de référé ayant rejeté sa demande en référé de voir ordonner, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, la désignation d'un expert ayant pour mission en substance de se faire remettre les questionnaires que la société Médiamétrie utilise dans le cadre de ses études relatives aux parts d'audience radiophonique. Cette demande est rejetée par les juges du fond. Ces derniers retiennent que « *la mesure d'instruction vise, sous couvert de vérification des conditions des mesures d'audience, à la détermination de la méthodologie mise en œuvre par [l'institut de sondage]* » alors qu'en substance, la société demanderesse avait d'autres moyens de connaître le déroulement des enquêtes, de sorte que « *la demande d'expertise s'analyse en réalité en une mesure d'investigation générale portant sur l'activité de l'institut de sondage* ». Par ailleurs, la cour relève que la société a accès aux résultats d'audience et qu'elle ne les a pas contestés auprès des organismes compétents. Il en est déduit l'absence de motif légitime. Le pourvoi en cassation formé contre l'arrêt contestait cette appréciation du caractère légalement admissible de la mesure sollicitée et du motif légitime. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation rejette le pourvoi et affirme qu'« *il résulte de l'article 145 du Code de procédure civile que constituent des mesures légalement admissibles des mesures d'instruction circonscrites dans le temps et dans leur objet et proportionnées à l'objectif poursuivi* » et qu'« *il incombe, dès lors, au juge de vérifier si la mesure ordonnée était nécessaire à l'exercice du droit à la preuve du requérant et proportionnée aux intérêts antagonistes en présence* ». Elle considère qu'en l'espèce, « *la mesure ordonnée n'était pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve du requérant et était disproportionnée aux intérêts antagonistes en présence* ».

Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil et
procédure civile à l'ISP

Soc. 17 mars 2021, n° 18-25.597, loyauté de la preuve et harcèlement moral

En l'espèce, un employeur a confié, avec l'accord des délégués du personnel, un audit à une entreprise extérieure spécialisée en risques psycho-sociaux. Celui-ci révèle qu'une salariée avait proféré des insultes à caractère racial et discriminatoire ayant causé des perturbations graves de l'organisation et de l'efficacité collective. Elle fut licenciée pour faute grave. Infirmant le jugement du Conseil de prud'hommes, la cour d'appel prononce le licenciement sans cause réelle et sérieuse. Elle condamne donc l'employeur à verser diverses sommes. Pour retenir cette solution, les juges du fond ont écarté le compte rendu de l'audit au motif que la salariée n'avait ni été informée de la mise en œuvre de cette enquête ni entendue dans le cadre de celle-ci. Toutefois, la Cour de cassation censure le raisonnement des juges du fond. En effet, elle considère que l'enquête menée par une entreprise externe à la demande d'un employeur, à la suite de la dénonciation de faits de harcèlement par les délégués du personnel, sans en informer préalablement l'auteur, n'est pas soumise aux dispositions de l'article L. 1222-4 du Code du travail. Une telle enquête n'est donc pas contraire au principe de loyauté de la preuve et peut venir appuyer un licenciement pour faute grave. Selon les termes de l'article L. 1222-4 du Code de travail « *Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance* ». Le recueil d'une donnée en méconnaissance de cet article est donc, en principe, illicite, ce dont il résulte que l'élément fourni ne peut servir de preuve devant un tribunal. Toutefois, ce texte fait l'objet de nombreuses atténuations par la jurisprudence. Cet arrêt en est une illustration en matière de harcèlement. En effet, la prévention et la répression du harcèlement moral écartent la garantie de l'article 1222-4 du Code du travail.

Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil et
procédure civile à l'ISP

Civ. 2e, 10 juin 2021, n° 20-10.522, panne informatique et délais

Si les faits au fond étaient simples, la procédure fut longue. Au fond, il s'agissait d'un litige opposant un bailleur à son locataire. Un arrêt a constaté la résiliation de plein droit du bail commercial pour cause de sous-location interdite et ordonné l'expulsion de ce dernier. Cet arrêt fait l'objet d'une censure par la Cour de cassation. La cour d'appel de renvoi rejette la demande en résiliation du bail non pas au fond, mais sur le terrain de la procédure. En effet, le bailleur avait saisi la cour d'appel de renvoi le 22 mars 2018 sur support papier et non par voie électronique. Le conseil du bailleur avait agi de la sorte en raison d'une panne de l'installation internet pendant trois jours. Toutefois, la cour d'appel de renvoi considère comme irrecevable la déclaration de saisine du bailleur remise au greffe sur support papier. Elle considère que ce n'est pas une cause étrangère au sens de l'article 930-1 du Code de procédure civile. Pour justifier cette sanction, la cour d'appel de renvoi retient que le conseil du bailleur n'avait pas établi l'impossibilité d'avoir accès au réseau professionnel virtuel des avocats. En effet, « *il n'est fait état d'aucune panne affectant sa clé RPVA, laquelle pouvait être utilisée sur tout autre poste informatique disposant d'un accès internet, notamment à l'ordre des avocats ou dans un cabinet d'un de ses confrères qu'il ne prétend pas même avoir sollicités* ». Paradoxalement, elle retient la justification par l'avocat du bailleur, de l'intervention d'une société d'informatique « *durant trois jours, du 19 au 23 mars 2018, aux fins de rechercher la panne touchant son matériel informatique, laquelle rendait impossible la navigation sur internet et avait pour origine la défectuosité du câble RJ 11 de la Livebox* ». Selon le bailleur, en statuant ainsi bien qu'une cause étrangère faisant obstacle au dépôt de la déclaration d'appel par voie électronique indépendante de la

volonté ou du fait de son conseil ait été constatée, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article 930-1 du CPC et de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Cour de cassation censure les juges d'appel. Elle retient qu'il résulte l'article 930-1 du Code de procédure civile que, si, dans la procédure avec représentation obligatoire devant la cour d'appel, les actes de procédure sont remis à la juridiction par voie électronique, l'irrecevabilité sanctionnant cette obligation est écartée lorsqu'un acte ne peut être transmis par voie électronique pour une cause étrangère à celui qui l'accomplit, l'acte étant en ce cas remis au greffe sur support papier. Dès lors, viole le texte la cour d'appel qui refuse d'admettre l'existence d'une cause étrangère alors qu'elle a constaté l'intervention d'un informaticien pendant trois jours au cabinet de l'avocat. Il résulte de l'article 930-1 du Code de procédure civile que si, dans la procédure avec représentation obligatoire devant la cour d'appel, les actes de procédure sont remis à la juridiction par voie électronique, l'irrecevabilité sanctionnant cette obligation est écartée lorsqu'un acte ne peut être transmis par voie électronique pour une cause étrangère à celui qui l'accomplit, l'acte étant en ce cas remis au greffe sur support papier. L'arrêt commenté s'inscrit dans le fil de la jurisprudence (Civ. 2e, 15 mai 2014, n° 13-16.132), qui qualifie de cause étrangère les pannes informatiques.

Droit des biens

Franck TOURET

Professeur de droit civil et
procédure civile à l'ISP

Civ. 3e, 25 mars 2021, n° 20-10.947, imprescriptibilité de l'action en revendication

Un salarié d'un établissement bancaire s'est vu proposer, par son employeur, un logement à titre d'accessoire de son contrat de travail. À la fin de son contrat de travail pour cause de retraite, il s'est maintenu dans les lieux. Ce n'est que 11 ans plus tard que le propriétaire du local, souhaitant vendre le bien libre d'occupation, lui a donné congé, puis l'a assigné en expulsion.

Pour faire obstacle à cette demande, l'ancien salarié cristallise le débat autour de la prescription. Les juges du fond ont retenu que l'action en expulsion de l'occupant n'est pas une action de nature réelle immobilière, mais une action dérivant d'un contrat, de sorte qu'elle est soumise à la prescription quinquennale de droit commun. Aussi, prenant en considération la réforme de la prescription civile par la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 et son article 26, II, ils ont jugé qu'un nouveau délai de cinq ans avait commencé à courir le 19 juin 2008 pour expirer le 19 juin 2013, de sorte que l'action engagée le 24 septembre 2015 était atteinte par la prescription. Telle n'est pas la position de la Cour de cassation qui réaffirme que l'action en expulsion d'un occupant sans droit ni titre, fondée sur le droit de propriété, constitue une action en revendication qui n'est pas susceptible de prescription. D'abord, la Cour de cassation qualifie l'action en expulsion d'action en revendication. Ensuite, de cette qualification, il résulte que l'action n'est plus une action personnelle, mais une action réelle. Aussi, il convenait d'écarter l'application de l'article 2224 du Code civil, au profit de l'article 2227 du Code civil. Enfin, avant même la réforme du 17 juin 2008, la Cour de cassation retenait l'imprescriptibilité de l'action en revendication. En conséquence, face à un occupant devenu sans droit ni titre, le propriétaire d'un immeuble dispose d'un choix : agir en restitution ou en revendication avec un régime propre.

Droit des biens

Franck TOURET

Professeur de droit civil et
procédure civile à l'ISP

Civ. 1re, 16 juin 2021, n° 19-21.567, transaction relative à un trésor

Dans le cadre de travaux de rénovation, le 21 juillet 2015 plusieurs salariés réalisant les travaux ont découvert des lingots d'or. Le 28 juillet 2015, une transaction est signée organisant la répartition du trésor entre le propriétaire du bien immobilier, les différents salariés (les inventeurs) et la société employeur. À l'issue de la vente, en septembre 2015, le

partage a été réalisé en application de l'accord transactionnel. L'un des salariés a sollicité la nullité de l'accord transactionnel considérant que l'un des salariés n'avait pas découvert le trésor. Le protocole d'accord transactionnel ne remplissait donc pas les conditions de l'article 2044 du Code civil en l'absence de concessions réciproques. Selon lui, seul l'article 716 du Code civil qui définit le trésor devait s'appliquer. L'autre salarié ayant découvert le trésor demandait reconventionnellement la nullité de l'accord, mais soutenait qu'il était le seul inventeur du trésor. La cour d'appel leur donne raison. Elle annule la transaction pour absence de concessions réciproques et applique l'article 716 du Code civil. La Cour de cassation approuve cette décision sur ce point. En revanche, elle casse l'arrêt d'appel pour avoir violé l'article 716 précité. En effet, en appliquant cet article, la Cour d'appel a décidé qu'il ne pouvait pas y avoir plusieurs inventeurs de trésors, c'est-à-dire plusieurs personnes ayant découvert le trésor, l'article 716 n'introduisant pas la notion de coinventeurs. Selon elle, seul un des salariés avait découvert le trésor. La Haute juridiction, au visa de l'article 716 du Code civil, décide que la découverte d'un trésor peut procéder de plusieurs personnes directement. Elles doivent dans ce cas être qualifiées de coinventeurs et se partager équitablement la part qui leur revient. Ainsi, en cas de pluralité d'inventeurs, ces derniers devront, comme en l'espèce, se partager à parts égales l'une des moitiés de la somme leur revenant ; l'autre revenant au propriétaire du fonds.

Droit de la famille

Franck TOURET

Professeur de droit civil et
procédure civile à l'ISP

Civ. 1^{re}, 31 mars 2021, no 19-19.275, refus d'une délégation d'autorité parentale en l'absence d'accord pour le parent d'intention

Un couple de femmes a conclu un pacte civil de solidarité en 2009. Une des partenaires a donné naissance, en 2010, à un enfant sans filiation paternelle. Un jugement a prononcé la délégation d'exercice partiel de l'autorité

parentale pour cet enfant. En 2014, la même partenaire accouche d'un second enfant. Toutefois, le couple se sépare peu de temps après la naissance de ce second enfant, ce qui a conduit à la dénonciation du pacs début 2015. Le parent d'intention assigne la mère des enfants devant le juge aux affaires afin d'obtenir principalement une délégation partielle de l'autorité parentale sur le second enfant et subsidiairement la fixation des modalités de ses relations avec lui. Ses demandes ont été rejetées. Le parent d'intention forme un pourvoi. Selon la partenaire, la délégation volontaire partielle de l'autorité parentale à une mère d'intention n'est pas conditionnée à l'autorisation du parent biologique titulaire de l'autorité parentale, mais doit être accordée si elle est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant, ce qui serait le cas en l'espèce. Cet argument est écarté par la Cour de cassation, qui procède par substitution de motifs. Le partage total ou partiel de l'autorité parentale entre les père et mère ou l'un d'eux, d'une part, et un tiers, d'autre part, nécessite l'accord du ou des parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale. L'arrêt relève que la mère s'oppose à la délégation d'autorité parentale sur le second enfant. Il en résulte que les conditions nécessaires à l'octroi d'une délégation avec partage de l'autorité parentale n'étaient pas réunies. La cour d'appel avait aussi refusé d'accorder à la mère d'intention un droit de visite sur le fondement de l'article 371-4, alinéa 2, du Code civil. Il résulte du rapport d'expertise que le projet initial est en partie déconstruit par la séparation et l'attitude dénigrante du parent d'intention qui n'est pas en mesure de lui apporter une protection morale suffisante. L'intérêt de l'enfant commande d'attendre pour l'octroi d'un droit de visite que celui-ci grandisse afin qu'il puisse lui être expliqué l'implication du parent d'intention dans son histoire de vie. Le pourvoi est rejeté sur ce point. En l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a statué en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant qu'elle a souverainement apprécié.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 3 mars 2021, pourvoi n° 19-10.693 : L'absence d'*affectio societatis* avant la société.

Il est constant que la promesse de société ne peut faire l'objet d'une exécution forcée, lorsqu'un promettant rétracte son engagement. Dès lors cette rétractation est synonyme d'absence d'*affectio societatis* (Com. 9 avril 1996). La présente décision est l'occasion pour la Haute juridiction de rappeler la définition de l'*affectio societatis* et d'affirmer le sort de la promesse de société en pareille hypothèse. D'une part, l'*affectio societatis* se définit comme une volonté non équivoque de tous les associés de collaborer ensemble et sur un pied d'égalité à la poursuite de l'œuvre commune. D'autre part, les hauts conseillers rappellent les constatations des juges du fond selon lesquelles, les parties à la promesse de société ne s'étaient pas entendues sur l'objet de la société qu'elles envisageaient de constituer. Dès lors, la Cour régulatrice approuve les conseillers d'appel d'avoir déduit l'absence d'*affectio societatis* et, partant, la nullité de la promesse de société. Il est remarquable ici que l'absence d'*affectio societatis* se déduit de l'absence d'accord des parties sur l'objet social. Il est vrai que si ce dernier fait défaut, il est difficile de constater l'existence d'une volonté commune d'œuvrer à la réalisation de l'objet social.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 17 mars 2021, pourvoi n° 19-14.525 : Le non-renouvellement du mandat du président de SAS.

La première partie de la solution est limpide :
« Lorsque le président d'une SAS a été nommé

pour une durée déterminée, la survenance du terme entraîne, à défaut de renouvellement exprès, la cessation de plein droit de ce mandat. Le président qui, malgré l'arrivée du terme, continue de diriger la société ne peut donc se prévaloir d'une reconduction tacite de ses fonctions et devient alors un dirigeant de fait qui, à l'égard de la société, ne peut revendiquer les garanties dont bénéficie le seul dirigeant de droit ». Le mandat social n'est pas un mandat comme les autres : l'importance du rôle du dirigeant de droit, ce qu'il représente à l'égard des tiers, implique une sécurité juridique quant à la définition de ses pouvoirs, notamment de représentation. C'est la raison pour laquelle, l'on ne saurait confondre les droits et les pouvoirs du dirigeant de droit et du dirigeant de fait. Demeure que cela n'exclut pas le droit, en l'occurrence, pour le dirigeant de droit devenu de fait de demander des dommages-intérêts lorsque la terminaison de ses fonctions s'est accompagnée de circonstances injurieuses ou vexatoires. Ainsi, dans la seconde partie de cette décision, la Cour de cassation rappelle implicitement que l'on doit distinguer la validité de la révocation des fonctions et la régularité de cette révocation (bien qu'en l'espèce, la terminaison des fonctions ne soient pas dues à une révocation décidée mais à un non-renouvellement du mandat). En l'occurrence, cependant, les juges du fond, souverains en l'appréciation des faits, ont considéré que la fin des fonctions du dirigeant n'avait pas été accompagnée de conditions vexatoires.

l'assemblée générale des associés. Au cours de cette assemblée, il décide, alors en qualité de dirigeant d'une seconde société, associée unique de la première, d'une distribution de dividendes alors même que cette dernière connaissait des difficultés financières (la société réalisait des pertes au cours de la dernière année), et que la distribution de dividendes revenait à priver la société de ses réserves. Le liquidateur assigne le dirigeant en responsabilité. Celle-ci est retenue par les juges du fond lesquels sont approuvés par la Cour de cassation. *In limine*, l'article L. 651-2 alinéa 1^{er} du Code de commerce dispose que : « *Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion* ». En l'occurrence, la distribution de dividendes a empêché la société de continuer normalement, d'inscrire en provisions des sommes nécessaires pour payer des créances douteuses et des sommes susceptibles de servir à supporter les frais et les conséquences d'un procès. La faute de gestion du dirigeant synonyme de sa responsabilité pour insuffisance d'actifs est bien caractérisée, quand bien même c'est à l'occasion du vote en tant que représentant d'un associé de la société que cette faute a été commise.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 8 avril 2021, pourvoi n° 19-23.669 : Responsabilité d'un dirigeant social pour insuffisance d'actifs et distributions de dividendes.

Le présent arrêt participe de la définition de la faute de gestion du dirigeant social et de ses conséquences en cas de procédures collectives. En l'espèce, le gérant d'une société convoque

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 3^{ème}, 15 avril 2021, pourvoi n° 19-24.231 : Le renouvellement du bail commercial aux mêmes clauses et conditions.

Preneur et bailleur peuvent s'accorder au terme du bail sur son renouvellement sans que les parties soient d'accord sur le loyer. Ainsi, dans un arrêt connu, la Cour de cassation a décidé que « *à défaut de convention contraire, le renouvellement du bail commercial s'opère aux*

clauses et conditions du bail venu à expiration, sauf le pouvoir reconnu en matière de fixation du prix » (Civ. 3^{ème}, 12 octobre 1982). A contrario, sauf saisine du juge des loyers, si les parties sont d'accord sur le renouvellement, ils sont considérés également d'accord sur le loyer de renouvellement. En l'espèce, les parties se sont accordées sur le renouvellement du bail en stipulant que ce renouvellement se fait « *aux mêmes clauses et conditions* ». La question posée aux juges consiste à savoir si cette stipulation implique un accord sur le maintien du loyer ou si cette stipulation témoigne du principe du renouvellement sans intégrer le loyer, alors restant à déterminer. La Cour de cassation considère que la stipulation est inclusive ; autrement dit, le renouvellement du bail commercial aux mêmes clauses et conditions implique un renouvellement sans aucune réserve sur le loyer. Ainsi, le nouveau bail a été conclu entre les parties au « prix » de l'ancien.

contre les cessionnaires-promettants. Les juges font logiquement droit à sa demande bien que les promettants aient tenté d'obtenir l'annulation de la promesse en cherchant à la requalifier en convention de vote illicite. La Cour de cassation n'est pas davantage sensible à leur argument. Pour les hauts conseillers, l'opération doit être analysée en une promesse faite au cédant de compléter le prix de cession de ses parts, dont l'exécution devait prendre, selon le cas, la forme d'un versement de dividendes par la société ou celle du règlement d'une indemnité de même montant par les promettants.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 12 mai 2021, pourvoi n° 19-16.815 : Promesse de porte-fort et cession de droits sociaux.

Le sort des bénéficiaires et donc des dividendes du dernier exercice clos est, en cas de cession de droits sociaux notamment intervenue entre la clôture de l'exercice et la décision d'approbation des comptes, le plus souvent, l'objet d'une stipulation attributive au profit du cédant (à défaut, ils appartiennent à celui qui est associé au moment de la décision d'approbation des comptes, Com. 9 juin 2004, SA Cifex). En l'occurrence, les cessionnaires de droits sociaux avaient conclu, au profit du cédant, un engagement de porte-fort par lequel ils promettaient au cédant que la société distribuerait des dividendes et lui verserait. A défaut, les promettants s'engageaient à l'indemniser de la somme correspondante. La société ne lui ayant pas versé les dividendes correspondants, le cédant-bénéficiaire agit

Civ. 2^{ème}, 20 mai 2021, pourvoi n° 20-15.098 : Recul marqué de l'anthropomorphisme ?

Quelle enseignant ou spécialiste du droit des sociétés n'a-t-il pas pris l'habitude de comparer l'immatriculation de la société au RCS à la naissance de la personne morale et sa dissolution-liquidation à sa mort ? Combien de fois l'auteur de ces lignes – votre serviteur – a-t-il usé de cette métaphore anthropomorphique filée ? La procédure civile semble démentir cette lecture désormais traditionnelle du droit des sociétés. Précisément, est en cause l'application de l'article 370 du Code de procédure civile selon lequel, *in limine*, « *A compter de la notification qui en est faite à l'autre partie, l'instance est interrompue par : - le décès d'une partie dans les cas où l'action est transmissible ; (...)* ». En l'espèce, un jugement condamne une société au paiement d'une somme d'argent. La Cour de cassation censure l'arrêt d'appel qui avait infirmé ce jugement. Restait la possibilité pour la société débitrice de l'indemnisation à saisir la cour d'appel de renvoi dans un délai de deux mois (art. 1034 CPC). Cependant, avant cette saisine, la société en cause fait l'objet d'une fusion-absorption, entraînant sa dissolution. La société absorbante saisit la cour d'appel de renvoi mais hors délai. Elle revendique le bénéfice de l'article 370 du Code de procédure

civile et l'interruption de l'instance par le décès d'une partie. Hélas, la Cour régulatrice à nouveau saisit sur ce point refuse d'assimiler la dissolution de la société par fusion-absorption à un décès au sens de l'article 370 CPC. Partant, l'instance n'a pas été interrompue et son terme reste opposable à la société absorbante. La dissolution n'est pas la mort de la société... pas à proprement parler.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 12 février 2020, pourvoi n° 17-31.614. Quantification de la réparation en matière de concurrence déloyale.

Voici une décision des plus importantes et dont l'exposé particulièrement pédagogique de la part de la Haute juridiction suffit à renseigner et éclairer le lecteur. Le raisonnement des juges dans cette affaire de concurrence déloyale, portant spécifiquement sur la question de l'évaluation du préjudice, est scindé en deux temps : d'une part, la Haute cour décide que *« lorsque les effets préjudiciables, en termes de trouble économique, d'actes de concurrence déloyale sont particulièrement difficiles à quantifier, ce qui est le cas de ceux consistant à parasiter les efforts et les investissements, intellectuels, matériels ou promotionnels, d'un concurrent ou à s'affranchir d'une réglementation, dont le respect a nécessairement un coût, tous actes qui, en ce qu'ils permettent à l'auteur des pratiques de s'épargner une dépense en principe obligatoire, induisent pour celui-ci un avantage concurrentiel, il y a lieu d'admettre que la réparation du préjudice peut être évaluée en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale au détriment de ses concurrents, modulé à proportion des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par ces actes »*. D'autre part, les hauts conseillers concluent que *« doit être approuvée la cour d'appel qui, appelée à statuer sur la réparation d'un préjudice résultant d'une pratique commerciale trompeuse*

pour le consommateur, conférant à son auteur un avantage concurrentiel indu par rapport à ses concurrents, tient compte, pour évaluer l'indemnité à allouer à l'un de ceux-ci, de l'économie injustement réalisée par lui, qu'elle a modulée en tenant compte des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par lesdits agissements ». La Cour de cassation progresse ainsi dans sa modernisation de la théorie de l'action en concurrence déloyale en offrant une sanction effective aux hypothèses où la question de la réparation du préjudice interroge toujours.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 10 février 2021, pourvoi n° 18-25.474 : Violation d'une obligation précontractuelle d'information.

La présente décision se trouve au carrefour du droit des obligations, du droit des sûretés et du droit de la distribution. La question posée au juge était de savoir si la caution dirigeante d'une société franchisée peut obtenir réparation de son préjudice à l'égard du franchiseur, en cas de manquement du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information issue de l'article L. 330-1 du Code de commerce. La réponse de la Cour de cassation a le mérite de la clarté puisque les hauts conseillers décident dans le droit fil d'une jurisprudence bien établie (Com. 10 juillet 2012) que le préjudice résultant d'un manquement du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information à l'égard du franchisé est constitué par la perte de chance de ne pas contracter ou de ne pas contracter à des conditions plus avantageuses. La particularité de la décision est que l'action profite à la caution dirigeante de la société créancière de l'obligation d'information. Pour le reste, la solution ne surprendra pas puisqu'elle rappelle ce qui semble une sanction désormais bien établie en matière de violation d'obligation d'information précontractuelle (art. 1112-1 C. civ.) ou encore en matière de dol, lorsque le demandeur n'agit

pas en nullité mais seulement en responsabilité (art. 1178 al. 4 C. civ.).

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 10 février 2021, pourvoi n° 19-10.306 : Qualification et régime de la clause pénale.

Le montant de la clause pénale (qu'il soit exprimé sous la forme d'une somme déterminée ou même d'un pourcentage) permet non seulement d'identifier la clause pénale mais joue également un rôle déterminant quant à son régime. En l'espèce, un contrat de prestations conclu entre une entreprise et un cabinet d'expertise-comptable contient une clause selon laquelle, en cas de paiement tardif des factures d'honoraires, un intérêt de retard de 1,75% par mois s'appliquerait aux sommes dues. La question posée aux juges du fond porte sur la qualification de la stipulation : s'agit-il d'une simple clause d'intérêt ou d'une clause pénale ? La cour d'appel retient la qualification de clause pénale à partir de deux éléments : d'une part, le taux stipulé, proche du taux usuraire, est particulièrement élevé de sorte qu'il s'agit d'une clause pénale reconnaissable par son caractère comminatoire ; d'autre part, son objet est bien d'indemniser de manière forfaitaire et anticipée sans saisine judiciaire, le préjudice causé à la société d'expertise comptable. Partant, la stipulation est caractéristique d'une clause pénale et peut être révisée judiciairement en vertu de l'ancien article 1152 applicable à l'espèce. La Cour de cassation décide que le juge qui considère cette clause manifestement excessive au regard du taux élevé stipulé, peut, lorsque cette clause porte sur des intérêts moratoires, modifier non seulement le taux mais également le point de départ du calcul des intérêts.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 17 mars 2021, pourvoi n° 19-10.414 : La caractérisation automatique du préjudice en matière de concurrence déloyale.

La solution n'est pas nouvelle (V. déjà Com. 22 octobre 1985), mais elle a le mérite d'être exprimée de manière particulièrement éclatante dans la présente décision. En l'espèce, une société reproche à une autre, editrice d'un site internet par lequel elle vend les mêmes produits que la première, de reprendre à l'identique les descriptifs des produits et les « avis de spécialistes » utilisés par la première afin d'augmenter son référencement sur les moteurs de recherche Internet. Bien qu'il s'agisse d'une hypothèse type de concurrence déloyale et de parasitisme, la cour d'appel avait rejeté l'action menée par la première société contre la seconde. Sans surprise, l'arrêt d'appel est cassé en deux temps. D'une part, la Haute juridiction considère que les hauts conseillers ont violé l'article 1240 du Code civil « *en statuant ainsi, alors que constitue un acte de concurrence déloyale le non-respect d'une réglementation dans l'exercice d'une activité commerciale, qui induit nécessairement un avantage concurrentiel indu pour son auteur* » (en cela, la solution de l'arrêt du 17 mars 2021 reprend les importants enseignements de l'arrêt Com. 12 février 2020). D'autre part, et c'est l'intérêt de la présente décision, la Cour régulatrice ajoute que « *il s'infère nécessairement un préjudice, fût-il seulement moral, d'actes de parasitisme économique* ». Autrement dit, il est des hypothèses de concurrence déloyale et de parasitisme dans lesquelles la preuve du préjudice n'a pas à être rapportée par le demandeur, dès lors que le préjudice se déduit automatiquement de l'acte même de concurrence déloyale. C'est également le sens d'un arrêt Com. 3 mars 2021, dans lequel la Haute juridiction rappelle que la concurrence loyale donne lieu à un préjudice licite donc non réparable, tandis que la concurrence déloyale

donne nécessairement lieu à un préjudice illicite donc réparable.

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.

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

Com. 17 mars 2021, pourvoi n° 19-20.459 : Concurrence entre diffamation et dénigrement.

L'on sait que « *les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil* » (Ass. plén. 12 juillet 2000). Autrement dit, il y a une forme d'exclusivité entre la théorie de l'abus de droit fondée sur la responsabilité pour faute du droit commun de l'article 1240 du Code civil (ex. 1382) et le droit spécial réprimant la diffamation en vertu de la loi du 29 juillet 1881. La présente affaire revient sur une hypothèse de concurrence entre la loi du 29 juillet 1881 et, cette fois, la théorie de la concurrence déloyale. En l'espèce, une

animatrice télé reproche à Jean-Marc Morandini d'avoir organisé sur un site internet qu'il anime, une campagne de dénigrement à son égard. L'animatrice agit contre Jean-Marc Morandini sur le fondement de l'article 1240 du Code civil, en raison d'une atteinte à son image et à sa réputation. La cour d'appel rejette la demande la considérant mal fondée puisque les faits entraînent dans le champ de la diffamation de la loi de 1881. Le pourvoi formé échoue également : la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir constaté que « *l'assignation contenait de nombreuses expressions désignant la présentatrice et sa société comme sujets d'un dénigrement* ». Encore, la cour d'appel a justement relevé que « *le principal reproche fait aux défendeurs est d'avoir suggéré, de manière péremptoire et à de nombreuses reprises, que les requérantes avaient obtenu et détourné des fonds publics qui leur étaient accordés et d'avoir annoncé qu'un audit des comptes avait été requis pour la production d'une émission* ». La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir établi que « *si l'assignation stigmatisait aussi une critique excessive portant sur les produits et services, elle ne se limitait pas à cet objet. L'action n'avait pas pour seul fondement la qualité des émissions produites par la société de production mais tendait aussi à voir reconnaître une atteinte à l'honneur et à la considération de cette société et de sa dirigeante* ». Enfin, comme la cour d'appel, la Cour régulatrice conclut que « *l'action engagée est une action en diffamation entrant dans les prévisions de la loi du 29 juillet 1881* ».

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1^{ère}, 5 mai 2021, pourvoi n° 19-20.579 : Nouvelle illustration d'une convention d'assistance bénévole.

Comment une situation anodine donne lieu à l'une des qualifications les plus discutées du droit des obligations. Une situation anodine à laquelle

chacun de nous a participé un jour : M. X aide bénévolement M. P à déménager avec d'autres amis de ce dernier, parmi lesquels M. B. Or, ce dernier, suivant les instructions de M. P, jette par le balcon un carton qui tombe sur M. X et le blesse gravement. Sur quels fondements les responsabilités respectives de M. B et M. P peuvent-elles être recherchées ? Sur la responsabilité du premier, les juges caractérisent une faute de nature délictuelle dans le jeté de carton sans précaution. Est davantage intéressante la qualification de la situation entre M. X et M. P. Les juges du fond caractérisent une convention d'assistance bénévole et en déduisent la responsabilité contractuelle de M. P qui a commis une faute en donnant à M. B un ordre dont les conséquences pouvaient être dangereuses, sans prendre des mesures de sécurité. La Cour de cassation en déduit la responsabilité *in solidum* de M. P et M. B. Autrement dit, les juges décident qu'en présence d'une convention d'assistance bénévole, la faute délictuelle commise par l'auteur effectif du dommage, en jetant un carton sans s'assurer qu'il pouvait le faire sans danger, n'est pas exclusive de la responsabilité contractuelle de l'assisté, donneur d'ordre, envers l'assistant, victime. (A noter que la responsabilité de l'assisté est bien une responsabilité contractuelle née de sa propre faute, et non une responsabilité contractuelle du fait d'autrui).

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 2^{ème}, 6 mai 2021, pourvoi n° 20-14.551 : Tout ou presque est un véhicule terrestre à moteur mais pas le fauteuil roulant de la personne handicapée.

La notion de VTAM au sens de l'article 1^{er} de la loi du 5 juillet 1985 est, pour le moins, appréciée *lato sensu* par les juges. Les exemples sont nombreux et connus : dameuse, tracteur, mini-moto, tondeuse auto-portée, etc. Quid du fauteuil roulant ? Des juges s'étaient déjà prononcés en ce sens, mais sans être aussi clairs

que les hauts conseillers dans le présent arrêt : « *un fauteuil roulant électrique, dispositif médical destiné au déplacement d'une personne en situation de handicap, n'est pas un véhicule terrestre moteur au sens de la loi du 5 juillet 1985* ». L'intérêt de la décision est double : d'une part, on relève que la Cour régulatrice prend appui sur la Convention internationale des droits des personnes handicapées du 30 mars 2007 pour caractériser le fauteuil de dispositif médicale. D'autre part, les hauts conseillers censurent l'arrêt dans lequel les conseillers d'appel avaient qualifié le fauteuil roulant d'un handicapé de VTAM à partir de deux textes : d'abord, positivement, à partir de l'article L. 211-1 du Code des assurances selon lequel est un VTAM « *tout véhicule automoteur destiné à circuler sur le sol et qui peut être actionné par une force mécanique sans être lié à une voie ferrée, ainsi que toute remorque (...)* » ; ensuite, négativement, à partir de l'article R. 412-34 du Code de la route assimilant au piéton la personne en situation de handicap se déplaçant en fauteuil roulant, mais ce texte ne distinguait pas fauteuil motorisé et fauteuil non motorisé. L'entreprise de la cour d'appel était louable, laborieuse et ambitieuse, mais c'était surtout mal connaître la Cour de cassation. Si cette dernière avait voulu donner une définition du VTAM, elle l'aurait fait depuis 1985. L'absence de définition permet une certaine souplesse dans l'application de la loi de 1985, la Cour régulatrice préfère donc une étude au cas par cas des véhicules originaux éligibles ou non à l'application de la loi 5 juillet 1985. Reste que le sort du fauteuil roulant lui semble scellé.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1^{ère}, 19 mai 2021, 2 arrêts, pourvoi n° 19-25.749 et pourvoi n° 20-17.779 : L'épilation par lumière pulsée échappe à la nullité pour objet illicite.

Aussi surprenant que cela puisse paraître la question de la validité de la pratique de l'épilation par lumière pulsée est au cœur d'un

contentieux conséquent non seulement devant le juge civil, mais également devant le juge administratif et le juge pénal. L'interrogation de fond à propos de cette pratique explique cette ubuesque situation juridique : l'épilation par lumière pulsée, activité exercée par des instituts esthétiques, caractérise-t-elle l'exercice illégal de la médecine ? La Cour de cassation a, par le passé, répondu positivement à cette question (Crim. 8 janvier 2008). Cependant, par un arrêt de 2020, la chambre criminelle avait opéré un revirement de jurisprudence sous l'angle du droit pénal (Crim. 31 mars 2020). Les deux arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour régulatrice mettent un terme à cette saga jurisprudentielle en répondant à la question de la validité des contrats ayant pour objet l'épilation par lumière pulsée. Si l'épilation par lumière pulsée devait être considérée comme une pratique médicale, le contrat de franchise passé entre la tête du réseau et les instituts serait nul en raison de l'illicéité de son objet. Mais les hauts conseillers en décident autrement : le contrat est valable dès lors que l'objet est licite.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 3^{ème}, 23 juin 2021, pourvoi n° 20-17.554 : La Cour de cassation réécrit l'histoire de la PUV.

Il vous faut tout oublier ou presque de ce que vous croyez savoir quant au régime de la PUV avant 2016. Pour commencer, rappelons ce passé bientôt oublié : à la question de la sanction de la rétractation de son engagement par le promettant, la Cour de cassation avait, dans un arrêt important de 1993, dit *Consorts Cruz*, sur le fondement de l'ancien article 1142 du Code civil, conclu à l'impossible réalisation forcée de la vente et à la seule allocation de dommages-intérêts. Par suite, dans un arrêt de 2011, la Cour de cassation avait, sur le fondement des articles 1101 et 1134 du Code civil, abouti à la même conclusion en constatant l'impossible rencontre des consentements du fait de la rétractation. Par

suite, l'article 1124 du Code civil devait briser ces jurisprudences en disposant, en son alinéa 2, que « *la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* ». Aussi, l'on pensait devoir distinguer entre les promesses conclues avant le 1^{er} octobre 2016 et les promesses conclues postérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance de réforme du droit des contrats. Cependant, la Cour de cassation vient de démentir la nécessité de cette dichotomie. Dans un arrêt à la motivation enrichie en date du 23 juin 2021, la Haute juridiction vient de décider, à propos d'une promesse conclue en 2010, que « *la rétractation du promettant ne constitue pas une circonstance propre à empêcher la formation de la vente, [dès lors] les consentements de parties se sont rencontrés lors de la levée de l'option par les bénéficiaires et la vente est parfaite* ». Pour aboutir à cette solution, la Cour de cassation réécrit l'histoire. Elle semble procéder en plusieurs étapes : d'abord, exit l'arrêt Civ. 3^{ème}, 11 mai 2011 (la Cour de cassation ne le vise pas, il semble n'avoir jamais existé). Ensuite, les hauts conseillers rappellent l'arrêt *Consorts Cruz*, mais pour mieux le critiquer dans son déterminisme. Enfin, la Cour de cassation reprend l'article 1142 du Code civil et ses applications jurisprudentielles pour souligner que le texte n'est pas d'ordre public, que si, en principe, l'inexécution des obligations de faire et de ne pas faire se résout par des dommages-intérêts, il existe des cas d'inexécution de telles obligations qui peuvent être sanctionnés par l'exécution forcée de la convention dès lors que celle-ci est possible (Civ. 1^{ère}, 16 janvier 2007). Il semble dès lors définitif – en 2021 – pour la Cour de cassation que la rétractation du promettant entre dans ces hypothèses exceptionnelles. Quel sensationnel revirement ! Vraiment !

Droit social**Stéphane VERNAC**

Professeur de droit social à l'ISP

Professeur de droit privé à l'Université Jean Monnet (Saint-Etienne)

Cass. soc., 23 juin 2021, pourvoi n° 19-13.856

Surveiller en permanence un salarié, voilà une tentation à laquelle certains employeurs ne résistent pas. Ce serait pourtant oublier que le droit au respect de l'intimité de la vie privée du salarié persiste « *même au temps et au lieu de travail* » (Cass. soc. 2 octobre 2001, n°99-42.942). Dans une récente affaire, un salarié, qui travaillait comme cuisinier dans une pizzeria, est licencié pour faute grave, son employeur lui reprochant notamment des faits qu'il offrait de prouver au moyen d'images obtenues par un dispositif de vidéosurveillance. Contestant son licenciement, le salarié a saisi la juridiction prud'homale. La cour d'appel décide de condamner l'employeur en raison du licenciement injustifié. La Chambre sociale rejette le pourvoi de l'employeur et rappelle qu'aux termes de l'article L. 1121-1 du code du travail, nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. Elle approuve ainsi les juges d'appel qui avaient constaté que le salarié, qui exerçait seul son activité en cuisine, était soumis à la surveillance constante de la caméra qui y était installée. Dès lors, ce dispositif de surveillance était attentatoire à la vie personnelle du salarié et disproportionné au but allégué par l'employeur tenant à la sécurité des personnes et des biens. Cette solution ne surprendra pas, et est en cohérence avec la position de la CNIL. Celle-ci a par exemple, affirmé dans une délibération rendue en 2019 que « *le placement sous surveillance permanente de salariés, attentatoire à leur vie privée, ne peut toutefois intervenir que dans des circonstances exceptionnelles* », ces circonstances étant appréciées au cas par cas. Elles peuvent tenir à la « *nature de la tâche à accomplir* », par exemple « *lorsqu'un employé manipule des objets de grande valeur* », ou lorsque des vols ou des dégradations ont déjà été commis dans les zones

placées sous surveillance (délibération du 13 juin 2019 n°SAN-2019-006). La CNIL indique d'ailleurs sur son site internet (<https://www.cnil.fr/fr/la-videosurveillance-videoprotection-au-travail>) que les employeurs « *ne doivent pas filmer les employés sur leur poste de travail, sauf circonstances particulières (employé manipulant de l'argent par exemple, mais la caméra doit davantage filmer la caisse que le caissier ; entrepôt stockant des biens de valeurs au sein duquel travaillent des manutentionnaires)* ». Elle précise également que « *les caméras ne doivent pas non plus filmer les zones de pause ou de repos des employés, ni les toilettes* » et « *ne doivent pas filmer les locaux syndicaux* ».

Droit social**Stéphane VERNAC**

Professeur de droit social à l'ISP

Professeur de droit privé à l'Université Jean Monnet (Saint-Etienne)

CEDH, 15 juin 2021, Req. 35786/19, Melike c/ Turquie

Un salarié qui appose un « *j'aime* » sur Facebook, pour approuver un contenu établi par un tiers, exerce-t-il sa liberté d'expression ? En mars 2016, une procédure disciplinaire est ouverte en Turquie à l'encontre d'une salariée, agent de nettoyage contractuelle au sein de la direction de l'éducation nationale. Celle-ci est licenciée pour avoir ajouté la mention « *J'aime* » sur certains contenus Facebook publiés par des tiers sur ce réseau. La commission disciplinaire estimait que les faits reprochés constituent des infractions prévues dans la convention collective de travail en vigueur. La salariée engage une procédure en annulation de la décision de résiliation de son contrat de travail, demandant réintégration à son poste. Mais le tribunal du travail turc la déboute de sa demande estimant que les contenus litigieux ne pouvaient être couverts par la liberté d'expression et que leurs contenus étaient de nature à perturber la paix et la tranquillité du lieu de travail. L'appel et le pourvoi de la salariée sont tous rejetés. Saisissant la Cour européenne, la requérante invoque la violation de la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de

l'homme. La Cour européenne juge que le licenciement constitue une violation de la liberté d'expression. Elle constate qu'il s'agit là essentiellement et incontestablement des questions portant sur des débats d'intérêt général et que les contenus en cause s'insèrent dans le contexte de ces débats. Elle rappelle à cet égard que l'article 10 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans deux domaines : celui du discours politique et celui des questions d'intérêt général. La Cour observe également que la requérante n'est pas la personne qui a créé et publié les contenus litigieux sur le réseau social concerné et que son acte se limite à cliquer sur le bouton « *J'aime* » se trouvant en dessous de ces contenus. Elle relève que l'acte d'ajouter cette mention sur un contenu ne peut être considéré comme ayant le même poids qu'un partage de contenu sur les réseaux sociaux, dans la mesure où une mention « *J'aime* » exprime seulement une sympathie à l'égard d'un contenu publié, et non pas une volonté active de sa diffusion. En outre, il n'est pas allégué par les autorités que les contenus en question avaient atteint un public très large sur le réseau social en cause. En effet, certains de ces contenus ont reçu seulement une dizaine de mentions « *J'aime* » et quelques commentaires au total. Par ailleurs, le juge européen relève que compte tenu de la nature de sa fonction, la requérante ne pouvait disposer que d'une notoriété et d'une représentativité limitée sur son lieu de travail et que ses activités sur Facebook ne pouvaient pas avoir un impact significatif sur les élèves, les parents d'élèves, les professeurs et d'autres employés. Ainsi, l'emploi de la mention « *J'aime* » sur les réseaux sociaux consistant à exprimer publiquement un intérêt ou une approbation pour un contenu, bien que l'on ne soit pas l'auteur de ce contenu, constitue une manifestation de la liberté d'expression.

Un salarié peut-il refuser de prononcer un serment promissoire comportant la formule « *Je le jure* » au nom de sa liberté de conscience ? Et peut-il substituer à cette formule juratoire un engagement solennel ? Dans cette affaire, une salariée stagiaire de la RATP devait être affectée dans un service d'agents de contrôle après avoir prêté le serment des agents en application de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer. En application de la loi de 1845, le serment prêté devant le tribunal de grande instance (puis le tribunal judiciaire) de leur domicile permet aux agents de verbaliser sur toute la ligne du chemin de fer auquel ils seront attachés. Rappelons qu'un serment promissoire est un engagement solennel pris par une personne devant le juge : il recouvre le serment professionnel par lequel une personne, avant sa prise de fonction, s'engage à remplir les devoirs de celle-ci et aussi le serment de particuliers qui s'engagent à accomplir une mission ou un acte déterminé selon les règles propres à cette mission ou à cet acte (notamment les jurés et les témoins). Si la loi de 1845 ne détermine pas la formule du serment que doivent prononcer les agents, l'usage est de prononcer la formule suivante : « *Je jure et promets de bien et loyalement remplir mes fonctions et d'observer en tout, les devoirs qu'elle m'impose* » et « *Je jure et promets en outre d'observer fidèlement les lois et règlements concernant la police des chemins de fer et de constater par des procès-verbaux les contraventions qui viendraient à ma connaissance* ». Lors de l'audience de prestation de serment, devant le président du tribunal de grande instance de Paris chargé de recevoir ce serment, la salariée avait proposé une autre formule au motif que sa religion chrétienne lui interdisait de jurer. Le président du tribunal a refusé la substitution de formule et a fait acter que le serment n'avait pas été prêté. Faute de prestation de serment, la salariée a été licenciée pour faute par la RATP. La salariée a donc contesté son licenciement. L'arrêt de la cour d'appel de Paris - qui avait jugé que le licenciement était fondé sur une cause réelle et sérieuse en raison de la faute de la salariée ayant refusé de se soumettre à la procédure d'assermentation - a été une première fois censuré par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 1^{er} février 2017. La Cour de cassation avait alors jugé que selon la loi du 15 juillet 1845

Droit social

Stéphane VERNAC

Professeur de droit social à l'ISP

Professeur de droit privé à l'Université Jean Monnet (Saint-Etienne)

Cass. soc. 7 juillet 2021, n°20-16.206

sur la police des chemins de fer, le serment des agents de surveillance exerçant au sein des entreprises visées par cette disposition peut être reçu selon les formes en usage dans leur religion. La salariée, n'ayant pas commis de faute, le licenciement avait été prononcé en raison de ses convictions religieuses et était nul. Mais la Cour d'appel de renvoi – la Cour d'appel de Paris – résiste ! Elle juge en 2019, que la formule juratoire est dénuée de connotation religieuse et qu'ainsi l'employeur avait seulement respecté la loi qui exige l'assermentation pour exercer des fonctions d'agent de contrôle. La salariée a donc formé un nouveau pourvoi en cassation. La Cour de cassation juge que le respect de la liberté de conscience et de religion impose de permettre à une personne qui prête serment de substituer à la formule « *je le jure* » une formule équivalente d'engagement solennel. La Cour vise l'article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et rappelle que toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, et que ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. La Haute juridiction ajoute que « *la liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ». La position de la Cour de cassation est également conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui juge, de façon constante, que le devoir de neutralité et d'impartialité de l'Etat est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de sa part quant à la légitimité des croyances religieuses ou des modalités d'expression de celles-ci (CEDH, 1er juillet 2014, SAS c. France, n° 43835/11, § 127). Les juges de Strasbourg ont également jugé que la liberté de manifester ses convictions religieuses comporte aussi un aspect négatif, à savoir le droit pour l'individu de ne pas être obligé de faire état de sa confession ou de ses convictions religieuses et de ne pas être

contraint d'adopter un comportement duquel on pourrait déduire qu'il a - ou n'a pas - de telles convictions. Selon le juge européen, il n'est pas loisible aux autorités étatiques de s'immiscer dans la liberté de conscience d'une personne en s'enquérant de ses convictions religieuses ou en l'obligeant à les manifester, et spécialement à le faire, notamment à l'occasion d'une prestation de serment, pour pouvoir exercer certaines fonctions (CEDH, Alexandridis c. Grèce, n° 19516/06, 21 février 2008, § 38 ; Dimitras et autres c. Grèce, n° 42837/06 et a., 3 juin 2010, § 78). On notera également que la Cour de cassation admet de longue date que les témoins puissent prêter serment selon les formes en usage dans leur religion, et particulièrement qu'ils substituent à la formule juratoire un engagement solennel. La Cour de cassation a ainsi considéré en 1810 comme un véritable serment suivant les principes de sa religion, l'affirmation faite par un quaker (*mouvement religieux fondé en Angleterre au XVIIème siècle par des dissidents de l'Église anglicane*) en son âme et conscience (Cass. req., 28 mars 1810, Serment, n° 24 : « *La liberté des cultes est garantie par les lois de l'Empire à tous ceux qui habitent son territoire ; il est universellement reconnu que la religion connue sous le nom de quakerisme interdit à ses sectateurs de jurer au nom de Dieu et ne leur permet pas de prêter d'autre serment que d'affirmer en leur âme et conscience*»). La Chambre criminelle de la Cour de cassation a retenu la même solution en 1924 à propos des anabaptistes (« *il est constaté au procès-verbal des débats que l'un des témoins cités, de religion anabaptiste, a refusé de prêter le serment prescrit par l'article 317 du code d'instruction criminelle, pour le motif que sa religion ne le lui permettait pas, mais qu'il a fait la promesse solennelle, suivant les rites et formes en usage dans sa religion, de parler sans haine et sans crainte et de dire toute la vérité, rien que la vérité ; qu'il a ainsi été satisfait aux prescriptions de l'article 317 visé au moyen* », Cass. crim., 8 mars 1924, Bull. Crim, n° 117). Ainsi, près d'un siècle plus tard, la Chambre sociale de la Cour de cassation juge que la salariée n'avait commis aucune faute en sollicitant, lors de l'audience de prestation de serment, la possibilité de substituer à la formule « *je le jure* » celle d'un engagement solennel. La Haute juridiction indique, dans sa note explicative, que « *cet arrêt*

articule la liberté de conscience de la personne qui va prêter serment avec le principe de laïcité et de neutralité du service public qui s'impose à tout agent collaborant à un service public dans l'exercice de ses fonctions ». On relèvera toutefois que la Cour de cassation estime que l'employeur n'a pas commis de discrimination, estimant qu'il n'a pas décidé ce licenciement en raison des convictions religieuses de la salariée. Le licenciement de la salariée n'était donc pas nul, mais dépourvu de cause réelle et sérieuse. Pourtant, n'est-ce pas l'exercice par la salariée d'une liberté fondamentale - la liberté de conscience - qui a provoqué le licenciement ?

Droit social

Stéphane VERNAC

Professeur de droit social à l'ISP

Professeur de droit privé à l'Université Jean Monnet (Saint-Etienne)

Cass. Soc. 7 juillet 2021 n°19-22.922

Une période d'essai d'une durée de six mois est-elle déraisonnable au sens de la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) ?

On rappellera que selon la convention OIT n°158 sur le licenciement, adoptée à Genève le 22 juin 1982 et entrée en vigueur en France le 16 mars 1990, « un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service » (article 4). Par exception, « un Membre pourra exclure du champ d'application de l'ensemble ou de certaines des dispositions de la présente convention (...) (b) les travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable » (article 2). Ainsi, la durée de la période d'essai, au cours de laquelle sont écartées l'application des règles légales relatives à la rupture du contrat de travail, doit présenter un caractère raisonnable. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Metz a jugé en 2019 à propos d'un salarié embauché en tant que conseiller commercial en assurances, que la période d'essai d'une durée de six mois était déraisonnable, et

que, partant, la rupture du contrat de travail du salarié prononcée pendant cette période s'analysait en un licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'employeur expose, dans son pourvoi, qu'une période d'essai de six mois était nécessaire au regard des contraintes juridiques intrinsèques au secteur de l'assurance pour appréhender le sérieux et les compétences de salariés conduits à représenter la société d'assurance auprès de sa clientèle dans le cadre d'une activité soumise à des risques juridiques importants. Il indiquait que les personnes recrutées pour exercer les fonctions de conseiller commercial en assurances devaient, au terme d'un stage de formation d'un mois leur permettant d'obtenir une habilitation à présenter des contrats d'assurance au public, exercer pendant cinq mois en qualité de conseiller commercial auxiliaire sous la tutelle d'un conseiller commercial chevronné avant de devenir conseiller commercial titulaire. Sensible à ces arguments, la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel au visa de l'article 2 de la convention OIT n°158 estimant que la Cour d'appel s'est déterminée « *par une affirmation générale, sans rechercher, au regard de la catégorie d'emploi occupée, si la durée totale de la période d'essai prévue au contrat de travail n'était pas raisonnable* ». La Haute juridiction invite donc les juges du fond à procéder à un contrôle de conventionnalité *in concreto*, au regard de la catégorie d'emploi occupé. Pareil contrôle est celui auquel procèdent des juges du fond à propos de la conformité du barème des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail, à l'article 10 de la convention OIT n°158 (V. par exemple CA Paris, 16 mars 2021, RG n° 19/08721 ; CA Bourges, 6 novembre 2020, RG n°19/00585 ; CA Grenoble, 2 juin 2020, RG n°17/04929 ; CA Paris 30 octobre 2019, RG 16/05602). Cet arrêt du 7 juillet 2021 augure-t-il de l'adoption prochaine, par la Cour de cassation, d'un contrôle de conventionnalité *in concreto* de l'article L. 1235-3 du code du travail ? Les paris sont ouverts...

Droit social**Stéphane VERNAC**

Professeur de droit social à l'ISP

Professeur de droit privé à l'Université Jean Monnet (Saint-Etienne)

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

Le préjudice d'anxiété permet de réparer l'ensemble des troubles psychologiques résultant de l'inquiétude permanente d'un salarié de déclarer à tout moment une maladie. La reconnaissance de ce préjudice était initialement limitée aux salariés exposés à l'amiante et travaillant dans l'un des établissements figurant sur la liste mentionnée à l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 (salariés travaillant dans les établissements de fabrication de matériaux contenant de l'amiante figurant sur une liste établie par arrêté ministériel, pouvant percevoir une allocation de cessation anticipée d'activité). En 2019, l'Assemblée plénière a opéré un important revirement de jurisprudence en reconnaissant à tout salarié justifiant d'une exposition à l'amiante, générant un risque élevé de développer une pathologie grave, la possibilité d'agir contre son employeur sur le fondement du droit commun régissant l'obligation de sécurité de l'employeur, quand bien même il n'aurait pas travaillé dans un établissement figurant sur la loi mentionnée par la loi de 1998 (Ass. plén., 5 avril 2019, n° 18-17.442). Accentuant cette évolution, la Chambre sociale de la Cour de cassation a ensuite admis l'existence d'un préjudice d'anxiété pour tout « *salarié qui justifie d'une exposition à une substance nocive ou toxique générant un risque élevé de développer une pathologie grave* » (Cass. soc., 11 septembre 2019, Charbonnages de France, n° 17-24.879 à 17-25.623). Dans une récente affaire, un salarié, qui faisait valoir qu'il avait été exposé à l'amiante alors qu'il travaillait sur différents sites ne figurant pas sur la liste mentionnée à l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998, a présenté une demande en paiement de dommages-intérêt en réparation d'un préjudice d'anxiété. Le 5 juillet 2018, la cour d'appel – intervenant sur renvoi après un arrêt rendu par la Cour de cassation avant son revirement (Cass. soc., 28 septembre

2016, n° 15-19.031) - avait, fidèlement, appliqué la jurisprudence alors applicable et rejeté la demande du salarié. Ce dernier a formé un nouveau pourvoi en cassation, en se prévalant du revirement intervenu en 2019. Par un arrêt du 2 avril 2021, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation annule la solution rendu par la cour d'appel. Deux apports peuvent être relevés. En premier lieu, la haute juridiction juge qu'il y a lieu d'admettre la recevabilité d'un moyen critiquant la décision par laquelle la juridiction d'appel s'est conformée à la doctrine de l'arrêt de cassation qui l'avait saisie, 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. La prise en considération d'un changement de norme, tel un revirement de jurisprudence, tant qu'une décision irrévocable n'a pas mis un terme au litige, relève de l'office du juge auquel il incombe alors de réexaminer la situation à l'occasion de l'exercice d'une voie de recours. L'exigence de sécurité juridique ne consacre pas en effet, un droit acquis à une jurisprudence figée, et un revirement de jurisprudence, dès lors qu'il donne lieu à une motivation renforcée, satisfait à l'impératif de prévisibilité de la norme. En second lieu, en application de ce changement de position de la Cour de cassation, des salariés déboutés de leur demande en réparation de leur préjudice d'anxiété en application de l'ancienne "jurisprudence amiante" pourront se voir appliquer les effets du revirement de jurisprudence opéré en 2019 par l'Assemblée plénière.

Droit social**Stéphane VERNAC**

Professeur de droit social à l'ISP

Professeur de droit privé à l'Université Jean Monnet (Saint-Etienne)

Cass. soc., 9 juin 2021, pourvoi n°19-24.678

L'article L. 2143-3 du code du travail - texte relatif aux conditions de désignation du délégué syndical – fixe une hiérarchie des personnes susceptibles d'être désignées en qualité de délégué syndical. Cette règle invite à choisir le délégué syndical parmi les personnes les plus

légitimes, les plus représentatives des salariés. Son premier alinéa fait obligation au syndicat représentatif qui désigne un délégué syndical de le choisir parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité social et économique. Aux termes du deuxième alinéa, si aucun des candidats présentés par l'organisation syndicale aux élections professionnelles ne remplit les conditions mentionnées au premier alinéa, ou s'il ne reste, dans l'entreprise ou l'établissement, plus aucun candidat aux élections professionnelles qui remplit ces conditions, ou si l'ensemble des élus qui remplissent les conditions mentionnées audit premier alinéa renoncent par écrit à leur droit d'être désigné délégué syndical, le syndicat peut désigner un délégué syndical parmi les autres candidats (les candidats de sa liste ayant obtenu moins de 10% des suffrages) ou, à défaut, parmi ses adhérents au sein de l'entreprise ou de l'établissement ou parmi ses anciens élus ayant atteint la limite de durée d'exercice du mandat au comité social et économique. Ainsi, l'article L. 2143-3 permet aux candidats élus au CSE de renoncer par écrit à leur droit d'être désigné en qualité de délégué syndical. Dans cette affaire, les renonciations des élus étaient intervenues postérieurement à la désignation du délégué syndical ! C'est donc fort logiquement que la Cour de cassation juge que le syndicat ne pouvait pas se prévaloir d'une renonciation de ses élus et candidats ayant obtenu un score électoral de 10 % des suffrages à leur droit d'être désigné délégué syndical, dans la mesure où cette renonciation était intervenue postérieurement à la désignation de la salariée en cette qualité.

Droit social

Stéphane VERNAC

Professeur de droit social à l'ISP

Professeur de droit privé à l'Université Jean

Monnet (Saint-Etienne)

Cass. soc. 30 juin 2021, pourvois n°18-23.932, n°19-14.543, n°20-12.960, n°19-16.655)

Tir groupé d'arrêts sur la prescription ! La Cour de cassation fait œuvre pédagogique en matière de durée et de point de départ de la prescription.

En premier lieu, concernant la durée de la prescription, la Cour de cassation affirme, par différents arrêts rendus le 30 juin dernier, que la durée de la prescription est « *déterminée par la nature de la créance invoquée* ». Elle en déduit ainsi que « *l'action en paiement d'un rappel de salaire fondée sur l'invalidité d'une convention de forfait en jours est soumise à la prescription triennale prévue par l'article L. 3245-1 du code du travail* » (**Cass. soc. 30 juin 2021, n°18-23.932**). Les hauts magistrats en déduisent également que « *l'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination. Les dommages-intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée* » (**Cass. soc. 30 juin 2021, n°19-14.543**). Et l'on ne saurait confondre les durées de prescription applicables en matière de discrimination et d'atteinte au principe d'égalité de traitement. Ainsi, la Cour de cassation juge que « *lorsque le salarié invoque une atteinte au principe d'égalité de traitement, la durée de la prescription est déterminée par la nature de la créance objet de sa demande* » : une cour d'appel, qui avait constaté que la demande de rappel de salaire était fondée non pas sur une discrimination mais sur une atteinte au principe d'égalité de traitement, avait donc exactement jugé que cette demande relevait de la prescription triennale (**Cass. soc. 30 juin 2021, n°20-12.960**). Le juge doit donc identifier la « *nature de la créance invoquée* » pour déterminer la durée de la prescription. En second lieu, concernant le point de départ de la prescription d'une action en requalification d'un contrat de mission en contrat à durée indéterminée, la Cour de cassation rappelle que toute action portant sur l'exécution du contrat de travail se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit. Les hauts magistrats jugent que le point de départ du délai de prescription d'une action en requalification d'un contrat de mission à l'égard de l'entreprise utilisatrice en contrat à durée indéterminée fondée sur le motif du recours au contrat de mission énoncé au contrat a pour point de départ le terme du contrat ou, en cas de succession de contrats de mission, le terme du dernier contrat (**Cass. soc. 30 juin 2021, n°19-16.655**). La solution était prévisible, la Cour de

cassation ayant retenu une solution identique en matière de délai de prescription d'une action en requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée (Cass. soc. 29 janvier 2020, n° 18-15.359).

Droit matériel de l'UE

Julie HABERMAN

Directrice de l'ISP

« Orientations » du 26 mars 2021 concernant l'application de l'article 22 du règlement européen n°139/2004 (le « Règlement concentrations »)

Pour rappel, le mécanisme de renvoi prévu à l'article 22 du « Règlement concentrations » permet à un ou plusieurs Etats membres de demander à la Commission d'examiner toute concentration qui *a priori* n'est pas de dimension communautaire mais qui est, d'une part, de nature à affecter le commerce entre Etats membres et, d'autre part, de nature à affecter, de manière significative, la concurrence sur le territoire de l'Etat membre ou aux Etats membres qui formulent la demande. Depuis plusieurs années, la doctrine puis la Commission elle-même ont affirmé qu'un certain nombre de concentrations pourtant importantes en termes d'effets échappait au contrôle de la Commission car ces concentrations n'atteignaient pas le seuil en termes de chiffres d'affaires commandant à la mise en œuvre du dispositif européen. En effet, jusqu'à présent, les autorités nationales de concurrence ne pouvaient renvoyer à la Commission une opération de concentration qui ne dépassait pas les seuils nationaux de notification. Les nouvelles orientations corrigent cet état de fait. Désormais (puisque le dispositif s'applique dès la publication des orientations, le 26 mars 2021), le chiffre d'affaires n'est plus le seul critère du renvoi à la Commission. Même lorsque les seuils nationaux et européens ne sont pas dépassés, les Etats membres peuvent renvoyer l'opération à l'examen de la Commission. Il s'agit d'une évolution essentielle du droit des contrôles des concentrations, une modernisation du Règlement de 2004 et, bien évidemment, une extension du champ d'examen

de la Commission européenne. Particulièrement, la Commission pourra examiner les opérations de concentrations impliquant des start-ups ou même toute entreprise alors que le chiffre d'affaires est nul ou faible. Trois conditions cumulatives doivent être réunies pour que le nouveau mécanisme de renvoi opère : 1) il doit bien s'agir d'une opération de concentration au sens du règlement n°139/2004 (V. Communication de la Commission du 20 janvier 2004 concernant le « Règlement concentrations » ; pour rappel, le point 24 de la communication définit l'opération de concentration comme le changement de contrôle d'une partie ou de l'ensemble d'une entreprise); 2) le commerce entre Etats membres doit être affecté ; 3) doit être constatée une affectation significative ou une menace d'affectation significative sur la concurrence (soit une atteinte à la concurrence ou une menace d'atteinte à la concurrence sur le territoire du ou des Etats membres qui ont fait la demande).

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.

Où en est-on de l'égalité hommes-femmes ?

A l'heure de la commémoration de la mort de Napoléon, la société hésite entre l'éloge au grand homme à l'origine notamment du Code civil et la critique pour certaines de ces décisions et non des moindres : le rétablissement de l'esclavage dans les colonies.

Malgré les efforts de Olympe de Gouges qui publie, en 1791, la Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne : « La femme naît libre et demeure égale à l'homme en droits », une autre critique que l'on peut adresser à la politique de Napoléon Bonaparte est de ne pas avoir su l'écouter et d'avoir renforcé l'infériorité de la femme dans la société et particulièrement dans le couple, dans la famille. Malgré tous les efforts menés depuis les années 70 du XXème siècle par le MLF, par Simone de Beauvoir entre autres, la correction des inégalités ne semble être qu'un vœu pieux, impossible à réaliser.

Quelques chiffres récents de l'inégalité :

En 2018, près de 1,4 million de femmes déclarent avoir subi des injures commises en raison du sexe hors cadre conjugal, contre 165000 hommes.

Les violences conjugales et les féminicides ne cessent d'augmenter.

Au travail, les femmes sont en moyenne payées 19% que les hommes. Parmi les cadres, ce pourcentage augmente.

Parmi les dirigeants d'entreprise, seulement ¼ sont des femmes.

Les points d'amélioration existent mais demeurent rares : le temps journalier consacré aux tâches ménagères lors du confinement est de 2h34 pour les femmes / 2h10 pour les hommes.

Au-delà de ces chiffres, comment expliquer que l'égalité en droits ne coïncide pas avec une égalité réelle ? Où en est-on de l'égalité hommes-femmes ?

Pour répondre à ces questions et d'autres sur l'inégalité hommes-femmes, nous recevons Benoit Quennedey, professeur de culture générale au sein de la Prépa ISP.

<https://soundcloud.com/prepaisp/ou-en-est-on-de-legalite-hommes-femmes>

La France en guerre au XXIe siècle

Si l'on excepte les cas particuliers du terrorisme et de la guerre d'Algérie, le territoire français métropolitain n'est plus touché par les guerres depuis 1945. Pourtant, la France est présente de manière continue sur des théâtres d'opérations extérieures, dans le cadre notamment de ce qui a été appelé la « guerre contre le terrorisme », au Proche-Orient et au Sahel.

La France est donc bien aujourd'hui en guerre – et pas seulement contre la pandémie liée au coronavirus, mais nous reviendrons sur cette expression – et il s'est opéré de fait un changement de paradigme : alors que les aspirations pacifistes de l'après Seconde guerre mondiale rendaient l'engagement dans un conflit plus difficile, car impopulaire dans l'opinion publique, les interventions militaires dans l'ex-Yougoslavie et aujourd'hui au Proche-Orient ne font pas l'objet de mouvements de rejet aussi puissants que, par exemple, lors des guerres de Corée, d'Algérie et du Vietnam. La guerre est-elle donc devenue un mode plus acceptable de gestion des crises diplomatiques ? Et comment

celle-ci s'inscrit-elle dans la durée, alors même que les budgets militaires en France sont historiquement bas – si l'on mesure les dépenses militaires en % du produit intérieur brut, le PIB ?

Pour en parler, nous recevons Benoît Quennedey, enseignant à l'ISP.

<https://soundcloud.com/prepasp/la-France-en-guerre-au-xxie-siecle>

Le droit de vote des détenus

Si ce sujet peut sembler technique, c'est qu'il comporte des enjeux importants, qui traduisent l'état de réflexions anciennes sur le sens de la peine et le système carcéral. En déplacement à la prison de Saint-Pal à Lyon, le 10 août 1974, le président Valéry Giscard d'Estaing ne disait-il pas que « la prison, c'est la privation de la liberté d'aller et venir et rien d'autre » ? Or, il faudra attendre 20 ans, jusqu'en 1994, pour que le code pénal supprime l'automatisme de la privation du droit pour les personnes détenues.

Dans un discours prononcé en mars 2018 à l'Ecole nationale d'administration pénitentiaire, le Président de la République Emmanuel Macron annonçait son intention de favoriser le droit de vote des personnes détenues : dès les élections européennes de juin 2019, était ainsi mise en place une procédure nouvelle de vote par correspondance, qui a de fait conduit à une nette hausse de la participation à ce scrutin des personnes emprisonnées. Les élections régionales et départementales de juin 2021 vont aussi consacrer, pour la première fois, de nouvelles dispositions tendant à favoriser le vote des personnes détenues, ce qui participe pleinement à leur insertion ou réinsertion dans notre société.

Pour évoquer ce sujet au confluent de plusieurs branches du droit, je reçois Benoît Quennedey, professeur à l'ISP.

<https://soundcloud.com/prepasp/le-droit-de-vote-des-detenus>

La Gifle au Président, une claque pour la République ?

Le geste a choqué toute la classe politique. Le chef de l'État a reçu une gifle de la part d'un jeune homme alors qu'il était en déplacement à « Tain-l'Hermitage » dans la Drôme.

Ce geste de violence contre le plus haut responsable politique de notre pays n'a pas manqué de soulever une immense émotion et de larges débats sur ce qu'il signifie :

- désacralisation de la fonction présidentielle ?
- illustration de la violence qui s'est banalisée dans notre société ?
- perte d'autorité des institutions ?

Les commentaires ne manquent pas depuis mardi... et on sent bien que derrière l'union sacrée des responsables politiques pour dénoncer « la claque », les choses sont bien plus complexes qu'elles n'y paraissent...

Pour essayer d'y voir un peu plus clair, je reçois aujourd'hui notre spécialiste des institutions politiques, maître de conférences à Sciences po et enseignant de culture générale à l'ISP : Samir Hammal.

<https://soundcloud.com/prepasp/la-gifle-au-president-une-claque-pour-la-republique>

Lecture plaisir

Par Jules Taïeb, élève de la Prépa ISP

L'Europe est terre de démocratie et de football. Beaucoup pensent que ces deux choses n'ont rien à voir et un certain snobisme dédaigne même le ballon rond comme un opium du peuple moderne idiot et futile. Un autre snobisme dédaigne les rendez-vous électoraux comme un cérémonial futile et idiot. A l'heure où plus de français regardent les matchs de poule de l'Euro qu'ils ne vont voter aux élections locales, il est temps de démontrer que les débats alcoolisés des bars PMU et ceux plus rigoureux des assemblées démocratiques ont en réalité le même objet : la justice des lois confrontée à la prise de décision. Le débat est un match herculéen de confrontation d'idées qui exige technique, malice, expérience, courage et soutien populaire. Le football est méritocratique et égalitaire quoiqu'injuste et imprévisible. Ainsi, ce texte est dédié à Kylian M'Bappé ce grand démocrate, aux bars PMU, ces hauts-lieux de démocratie et à l'idéal démocratique qui guide et soude les peuples européens dans les bars et dans les stades.

L'Etat de droit et l'arbitrage vidéo

De la prise de décision dans les démocraties européennes

Depuis la coupe du monde 2014, l'arbitrage vidéo fait de plus en plus de conquêtes dans les compétitions européennes et désormais plus un match ne se déroule sans que l'arbitre central appelle ou soit appelé par un collectif de quatre arbitres disposant d'écran rediffusant les images, au ralenti et à vitesse réelle, sous tous les angles pour faire annuler ou valider un but, un carton rouge, un pénalty ou un hors-jeu.

Ce qui doit particulièrement attirer l'attention des juristes c'est que le recours à l'arbitrage vidéo ne permet ni d'éviter, ni de corriger les erreurs grossières d'arbitrage. Les décisions ne sont ni meilleures, ni plus consensuelles.

Il me semble que cela intéresse directement le droit, la loi et l'autorité tels qu'on les conçoit en démocratie. La vidéo c'est, à la fois, la transparence des décisions, le temps de la réflexion et la contradiction entre les arbitres. La vidéo fut conçue comme un outil d'impartialité mais les décisions prises au renfort de celle-ci ne se sont pas améliorées. Mises à part quelques situations particulières, les décisions du VAR sont désastreuses. Le Var légitime des décisions injustes (I) qui ne font pas autorité (II).

I. Le Var donne de la légitimité à des décisions injustes

France-Allemagne. Hummels fait faute sur M'Bappé. Le ralenti montre que le défenseur allemand touche deux fois les jambes du prodige français avant le ballon. Il y a indiscutablement pénalty mais l'arbitre n'a pas recours au Var et l'action se poursuit.

France-Portugal. 2^e pénalty portugais. Ronaldo centre et Jules Koundé repousse le ballon du pied. Le ballon revient sur Ronaldo qui recentre très vite et très mal. La balle finit sur la main du malheureux défenseur. Le pénalty est indiscutable. Une main dans la surface, c'est la règle : pénalty. Pénalty indiscutable ? Pas si sûr ! Non car le défenseur ne fait pas de faute technique. Il a la main en protection devant le visage et vu la médiocrité du jeu portugais, cette main n'avantage en rien les français dans l'action. Mais puisque la vidéo nous montre le contact frauduleux sous tous ses angles, l'arbitre peut siffler pénalty sans craindre aucune critique.

Voilà le réel apport de la vidéo, **elle assure l'indiscutabilité des décisions sans en améliorer la qualité**. La juridicité peut donc primer la justice en toute tranquillité. Sportivement et moralement, une main involontaire et indifférente au sort de l'action pouvait et devrait ne pas donner lieu à un pénalty. De la même manière, un léger hors-jeu invisible à l'œil nu ne devrait pas conduire à annuler un but. L'arbitre pourrait fermer les yeux pour la continuité du jeu et la spontanéité des émotions mais la décision est prise.

J'en parle autour de moi, tout le monde s'incline. Le ballon a rebondi sur la main droite de Jules Koundé, même si le geste est involontaire et quasi indifférent, il y a pénalty. La décision est jugée régulière. Les français s'inclinent mais je ne capitule pas ! Cette décision est régulière mais elle est injuste !

Voilà que d'Aristote à Motulsky je sens ressusciter en moi toutes les idées du droit naturel : il n'y a pas de régularité en dehors de la Justice !

L'homme en jaune, dénommé arbitre, représente la Justice. Accepter que la Justice défende la régularité en dépit de ce que commanderait, la morale, l'équité et une compréhension profonde du football, c'est fracasser l'institution de Justice. C'est défigurer la grande et belle œuvre qu'est l'application du droit.

L'arbitrage vidéo représente une grave menace contre l'Etat de droit. Il cherche à tuer le débat et à prétendre que les décisions s'imposent alors même que les décisions sont l'œuvre d'un choix et d'une intelligence, par nature, discutables. Ainsi, la transparence, l'objectivité et la contradiction deviennent le cheval de Troie de l'injustice, la brutale absurdité et la rigidité aveugle.

C'est la loi et on devrait se taire ? Je proteste, le Var est anti-démocratique car dépourvu de subjectivité !

II. Le Var rend des décisions en retard, et donc dépourvues d'autorité

S'agissant du temps des décisions, il faut notamment considérer le 2^e but de la France contre le Portugal. En matière de coupe d'Europe, je parlerais de la jurisprudence Benzema contre Portugal (23 juin 2021, Euro 2020).

Paul Pogba délivre une merveille de passe à Karim Benzema. Le sublime revenant décoche une frappe puissante. But ! « Buuuuuut ! la France prend l'avantage contre le Portugal. 2-1. Non. Hors-jeu ? » Il faut faire appel à la vidéo. Une minute s'écoule, puis une autre... Et encore une... Finalement le but est validé. Le recours à l'arbitrage vidéo n'a eu aucun autre effet que de tuer l'émotion.

La règle, par sa seule existence, a brisé le rêve et l'allégresse. Le football est à l'image de la vie humaine : intense, immédiat et brutal. On dit de la vérité qu'elle « éclate ». Un rien de temps, une fraction de seconde délivre un stade. Un geste fugace enflamme une foule. Un simple coup de pied change les destinées. Voilà ce que nous, le peuple du stade, aimons. L'arbitre et la loi ne sont pas nos adversaires. Nous sommes conscients de notre mauvaise foi lorsque l'on réclame ou refuse un pénalty, un carton jaune ou un carton rouge.

L'arbitre fait partie du jeu et nous, le peuple, nous voulons le critiquer. L'Etat est essentiel et nous sommes heureux de pouvoir se positionner par rapport à ce référent, même en opposition. Mais ce référent doit décider en la personne de l'arbitre.

Les deux minutes de perdues pour le recours au Var retire toute autorité à la décision car elle est prise hors du rythme. Elle s'impose car elle en a le pouvoir mais elle est nue et ridicule car elle n'a plus

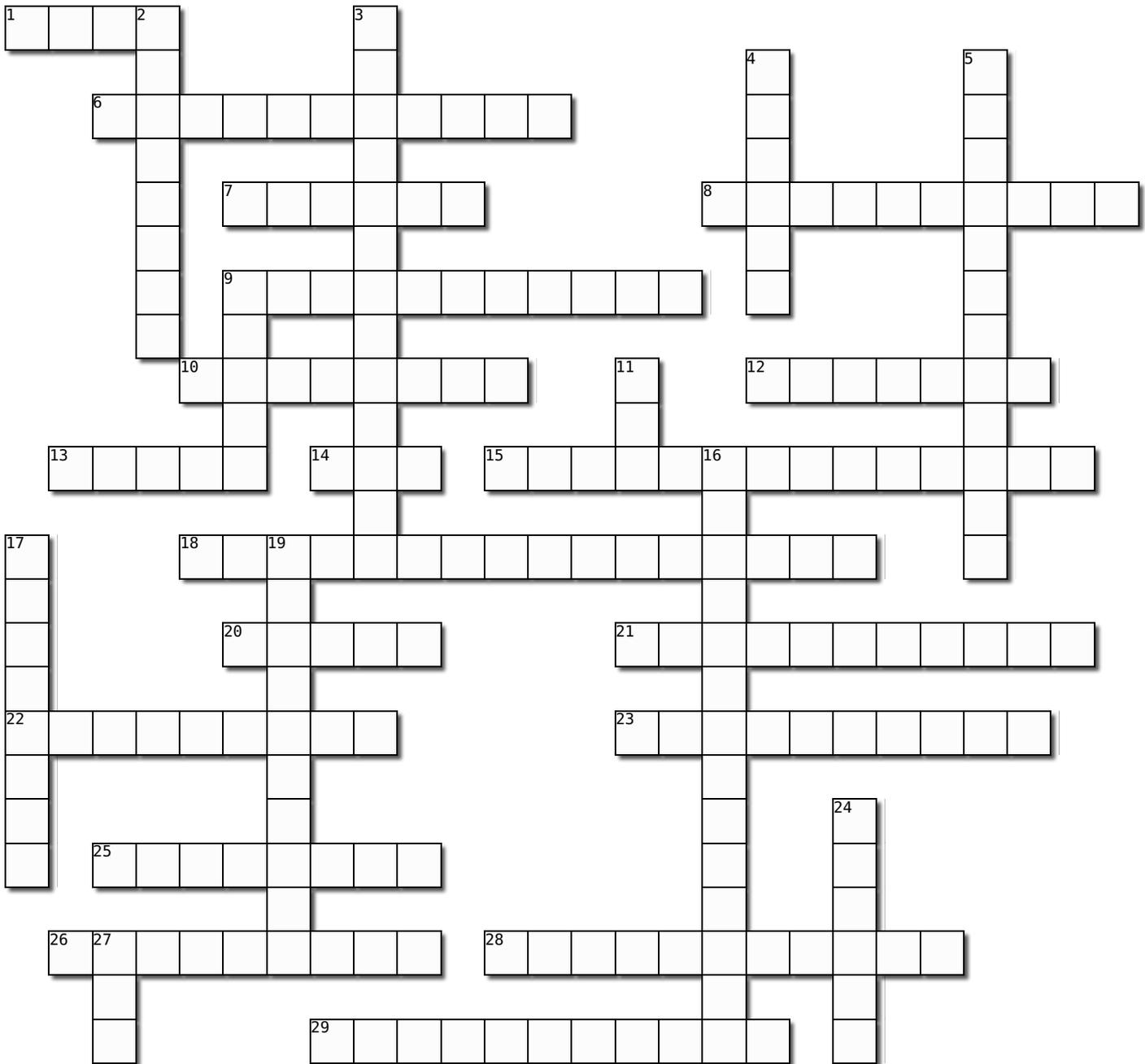
l'autorité de la certitude. Le footballeur est un poète. Le stade est un esthète. Et, dans cette union, il est désormais admis la présence farfelue d'un lent et laid bureaucrate : l'arbitrage vidéo.

Je proteste contre le Var pour mettre en garde contre les dérives qui menacent les démocraties européennes. Le pouvoir ne peut se satisfaire de fonctionner parce qu'il en a la force. Il doit continuer de faire sens dans l'ensemble dans lequel il s'inscrit. Le décideur doit d'abord veiller à son autorité. Il doit décider en temps et en heure.

Je le dis avec Portalis : juger est une chose délicate. Je le dis avec Platini : le football est un sport injuste.

Vive la démocratie et allez les bleus pour toujours !

Mots croisés BMA 54



Created using the Crossword Maker on TheTeachersCorner.net

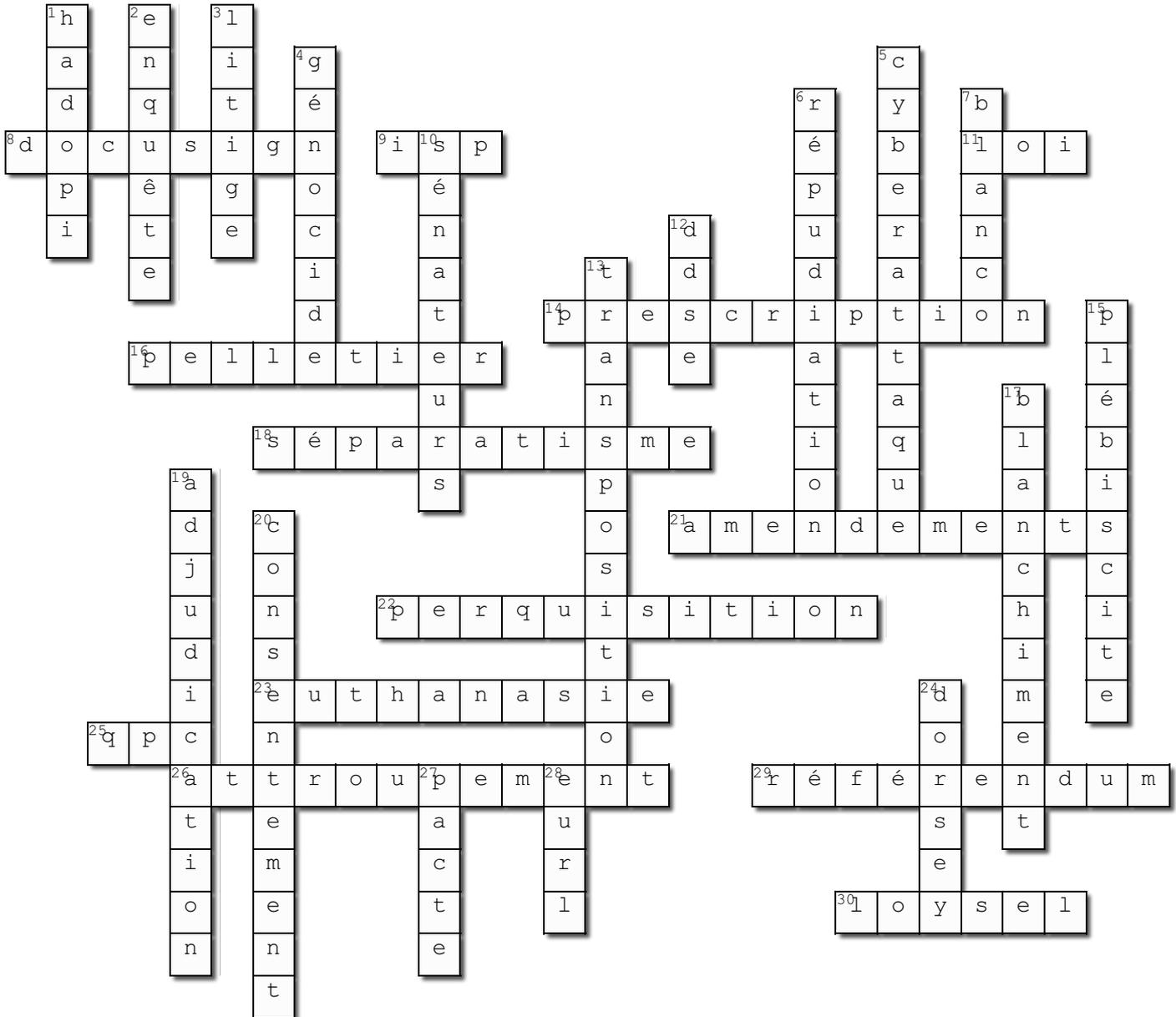
Horizontal

1. Décision d'éloignement
6. Procédure de fin d'activité
7. Droit qui prend sa source « en haut »
8. Liquidée en 2003, célèbre le 19 avril 2005
9. Lien juridique entre un individu et un Etat
10. Leadership
12. Travailleur manuel
13. Accord, entente, convention...
14. Organisation sociale découlant du Traité de Versailles
15. Action de distinguer
18. Transfert des compétences de l'Etat
20. Associé à Aubert
21. Association d'entreprises
22. Personne physique ou morale qui a des salariés
23. Etendue de pays
25. Quand l'échéance est dépassée
26. Parfois gérant
28. Tribunal
29. Mode de persécution

Vertical

2. Echec complet
3. Attribution d'une qualité
4. Fausse représentation
5. Vente aux enchères
9. Ce qui doit être
11. Contrôle de conformité
16. Action d'expliquer
17. Moment ou l'on entend les parties
19. Convention conclue entre partenaires sociaux
24. Celui de Rome date de 1957
27. Pronom sans distinction de genre

Solution du mots croisés BMA53



Created using the Crossword Maker on TheTeachersCorner.net

Horizontal

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

Vertical

1. Opposée au piratage (**hadopi**)
2. Recherche de la vérité (**enquête**)
3. Différend (**litige**)
4. Destruction méthodique (**génocide**)
5. Acte malveillant via un réseau (**cyberattaque**)
6. Divorce unilatéral (**répudiation**)
7. Consacre la responsabilité de l'Etat (**blanco**)
10. Ils sont 348 élus pour 6 ans (**sénateurs**)
12. Rend le bracelet obligatoire (**ddse**)
13. Nécessite l'abrogation de dispositions nationales (**transposition**)
15. Consultation de citoyens (**plébiscite**)
17. Dissimulation de la provenance de fonds (**blanchiment**)
19. Enchères (**adjudication**)
20. Acquiescement (**consentement**)
24. Patron de Twitter (**dorsey**)
27. Loi relative à la croissance des entreprises (**pacte**)
28. SARL très limitée en nombre (**eurl**)



CRISP

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation

