

LA VEILLE JURIDIQUE

Centre de Recherche de l'Ecole des Officiers de la Gendarmerie Nationale

RUBRIQUE

ACTUALITÉ PÉNALE

ANNÉE 2020

PAR CLAUDIA GHICA-LEMARCHAND



CREOGN
CENTRE DE RECHERCHE
ET D'ÉTUDES DE LA GENDARMERIE NATIONALE



TABLE DES MATIÈRES



CREOGN
CENTRE DE RECHERCHE
DE L'ÉCOLE DES OFFICIERS DE LA GENDARMERIE NATIONALE

Janvier

Statut du ministère public - Mandat d'arrêt européen (<i>Cour de justice de l'Union européenne, 12 décembre 2019</i>).....	<u>10</u>
Loyauté de la preuve (<i>Assemblée plénière, 9 décembre 2019, n° 1886767</i>)	<u>18</u>
Interdiction générale de procéder à la captation ou à l'enregistrement des audiences des juridictions administratives ou judiciaires (<i>Conseil constitutionnel, 2019-807 QPC 6 décembre 2019</i>)	<u>24</u>
Preuve - Permis de conduire (<i>Crim. 26 novembre 2019, n° 19-80597</i>).....	<u>26</u>
Perquisitions et saisies en droit du travail - Inconventionnalité (<i>Crim. 10 décembre 2019, n° 18-85833</i>).....	<u>28</u>
Compétence du juge pénal en matière européenne (<i>Crim. 18 décembre 2019</i>)	<u>31</u>
Compétence judiciaire - Violation du secret professionnel (<i>Crim. 10 décembre 2019, n° 19-80479</i>).....	<u>32</u>
Permis de construire (<i>Crim. 3 décembre 2019, n° 18-86032</i>)	<u>34</u>
Erreur de droit (<i>Crim. 17 décembre 2019, n° 18-86358</i>).....	<u>36</u>
Diffamation et révélation de harcèlement (<i>Crim. 26 novembre 2019, n° 1980360</i>)	<u>37</u>

Février

Corruption - Rapport GRECO - 9 janvier 2020.....	<u>40</u>
Lanceurs d'alerte - Directive de l'Union européenne 23 octobre 2019	<u>44</u>
Violences familiales (<i>Loi n° 20191480 du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille</i>).....	<u>48</u>
Injure publique en raison du genre (<i>Crim. 7 janvier 2020, n° 19-80796</i>).....	<u>50</u>
Droit de la peine - Réhabilitation judiciaire (<i>Crim. 7 août 2019, n° 1980.839, Crim. 7 janvier 2020, n° 1980.839</i>).....	<u>51</u>
Droit pénal des mineurs - Effacement du casier (<i>Crim. 7 janvier 2020, n° 1980.058</i>)	<u>54</u>
Loyauté de la preuve - Stratagème (<i>Crim. 7 janvier 2020, n° 1984.246</i>).....	<u>55</u>
Enquête de police - Réquisitions - Interdiction des autorités générales et permanentes du procureur de la République (<i>Crim. 17 déc. 2019, n° 1983574</i>).....	<u>57</u>

Mars

Loi n° 2019-222 23 - Mars 2019 - La réforme des peines.....	<u>63</u>
1. <i>L'emprisonnement</i>	<u>63</u>
2. <i>L'obligation de motivation</i>	<u>66</u>
3. <i>Le sursis probatoire</i>	<u>67</u>
4. <i>La détention à domicile sous surveillance électronique</i>	<u>69</u>
5. <i>La peine de stage</i>	<u>71</u>
6. <i>Le travail d'intérêt général</i>	<u>73</u>
7. <i>Le dossier de personnalité</i>	<u>74</u>
8. <i>La libération sous contrainte</i>	<u>76</u>
9. <i>Le droit de vote des détenus</i>	<u>77</u>
10. <i>La détention</i>	<u>78</u>

11. *Construction d'établissements pénitentiaires*..... **81**

Avril

Etat d'urgence sanitaire - LOI n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid19..... **84**

Blanchiment

Ordonnance n° 2020-115 du 12 février 2020 renforçant le dispositif national de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme..... **86**

Décret n° 2020-118 du 12 février 2020 renforçant le dispositif national de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme..... **92**

Décret n° 2020-119 du 12 février 2020 renforçant le dispositif national de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme..... **92**

Crim. 18 mars 2020, n° 18-85542, site Cour de cassation, arrêt n° 292..... **94**

Crim. 18 mars 2020, n° 18-86491, site de la Cour de cassation, n° 294..... **95**

Exhibition sexuelle - Irresponsabilité en cas de protestation politique - Ingérence disproportionnée dans la liberté d'expression (Crim. 20 février 2020, n° 1981827)..... **98**

Féminicide - Rapport parlementaire..... **102**

Mai

Urgence sanitaire - Responsabilité pénale des décideurs publics et privés (Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions et Décision du Conseil constitutionnel n° 2020-800 DC du 11 mai 2020)... **110**

I. Le droit commun de la responsabilité pénale des décideurs **111**

A. Le dispositif prévu par le Code pénal..... **111**

B. Le mode d'appréciation <i>in concreto</i> privilégié	<u>113</u>
C. La certitude du lien de causalité	<u>116</u>
<i>II. Une modification symbolique soumise aux principes généraux du droit pénal</i>	<u>118</u>
A. Hésitations entre technique juridique et politique criminelle.....	<u>118</u>
B. Une solution classique adaptée à l'actualité	<u>121</u>
C. D'autres dispositions pénales	<u>126</u>
Violation du secret professionnel (Crim. 24 mars 2020, n° 19-89.909)	<u>127</u>

Juin

Responsabilité pénale du représentant légal d'une personne morale - Contravention routière (Crim. 21 avril 2020, n° 19-86467)	<u>134</u>
<i>I. La responsabilité pécuniaire née de la contravention routière</i>	<u>135</u>
A. Une responsabilité pécuniaire par imputation indirecte	<u>136</u>
B. La responsabilité spéciale des dirigeants pour les infractions routières commises par leurs salariés	<u>139</u>
<i>II. La responsabilité pénale soumise aux principes généraux du droit pénal</i>	<u>146</u>
A. La responsabilité pénale des dirigeants pour non-transmission de l'identité de l'auteur de la contravention	<u>146</u>
B. L'interprétation stricte de la responsabilité pénale	<u>148</u>
Affaire Merah - Rejet du pourvoi d'Abdelkader Merah contre l'arrêt de condamnation (Crim. 22 avril 2020, n° 1983475)	<u>153</u>
Ne bis in idem - Cumul association de malfaiteurs et bande organisée (Crim. 22 avril 2020, n° 19-84464)	<u>157</u>
Ne bis in idem – Cumul de poursuites et sanctions en cas de gestion de fait (Conseil constitutionnel 2020838/839 QPC 7 mai 2020)	<u>157</u>
Enregistrement d'une garde à vue Atteinte à la vie privée (Crim.	

21 avril 2020, n° 19-81507) [158](#)
Peines (*Circulaire Crim 2020–15/E3, 20/05/2020, BO 2020-05
du 29 mai 2020 - Mise en œuvre des dispositions relatives aux
peines de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de réforme pour
la justice*)..... [161](#)

Septembre

La question des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs
d'infractions terroristes à l'issue de leur peine (*Loi n° 20201023
du 10 août 2020 instaurant des mesures de sûreté à l'encontre
des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine, JO n°
196, 11 août 2020 & Conseil constitutionnel, Décision 2020805
DC du 7 août 2020 (loi instaurant des mesures de sûreté à
l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur
peine)*)..... [164](#)
Violations réitérées du confinement (*Conseil constitutionnel
2020846/847/848, QPC du 26 juin 2020*) [175](#)
Contrôle des mesures d'isolement ou de contention dans le
cadre des soins psychiatriques sans consentement (*Conseil
constitutionnel, décision n° 2020-844 QPC du 19 juin 2020*) [177](#)
Condition de paiement préalable pour la contestation des forfaits
de poststationnement (*Conseil constitutionnel, Décision 2020-
855 QPC du 9 septembre 2020*)..... [178](#)
Usage de drogue – Généralisation de l'amende forfaitaire..... [180](#)

Octobre

Politique pénale (*Circulaire de politique pénale générale, CRIM-
202020/E1/2409 2020, 1^{er} octobre 2020*)..... [184](#)
Organisation frauduleuse d'insolvabilité (*Crim. 9 septembre
2020, n° 19-84.295*)..... [188](#)
Prescription en matière contraventionnelle - Acte interruptif

<i>(Crim. 1^{er} septembre 2020, n° 19-87.157)</i>	<u>192</u>
Immunité de juridiction des chefs d'Etat étrangers en exercice (<i>Crim. 2 septembre 2020, n° 18-84682</i>).....	<u>194</u>
Cumul idéal de qualifications - Ne bis in idem (<i>Crim. 9 septembre 2020, n° 19-84.301</i>).....	<u>198</u>

Novembre

Refus de se soumettre à un prélèvement biologique et au relevé d'empreintes digitales (<i>Crim. 28 octobre 2020, n° 19-85812</i>)..	<u>202</u>
Viol (<i>Crim. 14 octobre 2020, n° 2083273</i>)	<u>214</u>
Prescription (<i>Crim. 13 octobre 2020, n° 19-87787</i>).....	<u>217</u>

JANVIER 2020



CREOGN
CENTRE DE RECHERCHE
DE L'ÉCOLE DES OFFICIERS DE LA GENDARMERIE NATIONALE

STATUT DU MINISTÈRE PUBLIC – MANDAT D'ARRÊT EUROPÉEN

Cour de justice de l'Union européenne, 12 décembre 2019

La décision de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) était attendue, car elle pose une pierre supplémentaire à l'édifice du statut du ministère public. Redoutée par les pouvoirs publics et les magistrats, elle était annoncée comme apocalyptique par les commentateurs. Dans une décision argumentée, la CJUE reconnaît au ministère public français la compétence d'émettre des mandats d'arrêts européens (MAE) en tant qu'autorité judiciaire indépendante, enjeu de taille au regard des mandats délivrés qui avoisinent le chiffre de 14 500. De plus, la CJUE a rendu, le 27 mai 2019, deux arrêts abondamment commentés. La Cour a effectué une distinction entre les Parquets allemands, dont elle a estimé qu'ils ne relèvent pas de cette notion, car ils sont exposés au risque d'être soumis, directement ou indirectement, à des ordres ou à des instructions individuels de la part du pouvoir exécutif dans le cadre de l'adoption d'une décision relative à l'émission d'un MAE et le procureur général de Lituanie, dont elle a considéré qu'il répond à cette qualification parce que son statut lui confère une garantie d'indépendance par rapport au pouvoir exécutif.

Le mandat d'arrêt européen est une demande de remise directe entre les autorités judiciaires des États membres que permet de concrétiser l'espace de liberté, de sécurité et de justice mis en œuvre dans le cadre du Traité de Lisbonne. Visant à remplacer l'extradition, il constitue « la pierre angulaire » du principe de reconnaissance mutuelle de la coopération judiciaire. La CJUE a été saisie de deux questions préjudicielles qui ont été réunies au sein

du même arrêt.

Dans la première affaire, le procureur de la République de Lyon a émis un mandat d'arrêt européen aux fins de poursuites pénales, en exécution d'un mandat d'arrêt national, à l'encontre d'une personne soupçonnée de participation à des infractions liées à une organisation criminelle. Cette dernière a été arrêtée au Luxembourg et a demandé la nullité du mandat d'arrêt européen en soutenant que les magistrats du Parquet en France ne sauraient être qualifiés d'autorité judiciaire d'émission. La Cour d'appel saisie a décidé de surseoir à statuer et de poser une question préjudicielle à la CJUE pour savoir si le ministère public français peut être considéré comme autorité judiciaire autonome dans l'hypothèse dans laquelle il est, à la fois, chargé de contrôler le respect des conditions nécessaires à l'émission du MAE et son caractère proportionné eu égard aux circonstances du dossier répressif et d'exercer les poursuites pénales dans la même affaire.

Dans la seconde affaire, le procureur de la République de Tours a émis un mandat d'arrêt européen aux fins de poursuites pénales à l'encontre d'une personne soupçonnée d'avoir participé à une attaque à main armée. Cette dernière a été arrêtée aux Pays-Bas. La juridiction néerlandaise décide de surseoir à statuer et de poser deux questions préjudicielles relatives au ministère public français à la CJUE. D'une part, le procureur qui participe à l'administration de la justice dans l'État membre d'émission peut-il être qualifié d'autorité judiciaire d'émission si, préalablement à la décision effective d'émettre le mandat, un juge a apprécié les conditions d'émission du mandat d'arrêt européen et, notamment, sa proportionnalité ? D'autre part, la juridiction pose une question subsidiaire : dans l'hypothèse dans laquelle la première réponse serait négative, la décision du procureur doit-elle faire l'objet d'un recours juridictionnel ?

La CJUE décide de réunir ces questions et observations. D'une part, les magistrats du Parquet d'un État membre, chargés de l'action publique et placés sous la direction et le contrôle de leurs supérieurs hiérarchiques, peuvent-ils être considérés comme autorité judiciaire d'émission au sens de l'article 6 de la décision-cadre 2002/584 ? D'autre part, l'exigence du contrôle du respect des conditions nécessaires à l'émission d'un mandat d'arrêt européen, notamment son caractère proportionné, est-elle satisfaite lorsque, dans l'État membre d'émission, un juge exerce ce contrôle et examine le caractère proportionné de la décision d'émettre un mandat d'arrêt européen avant son adoption ? Enfin, à défaut d'un tel contrôle préalable, la condition est-elle remplie lorsque ce recours est exercé après la remise effective de la personne ?

L'avocat général Manuel Campos Sánchez-Bordona a rendu des conclusions considérant que le ministère public ne peut pas être qualifié d'« autorité judiciaire d'émission » si ses membres, lorsqu'ils décident d'émettre un mandat d'arrêt européen, doivent se conformer aux instructions générales de politique pénale émises par le ministre de la Justice et contraignantes pour ce type de mandat ainsi qu'aux instructions de leurs supérieurs hiérarchiques. Il s'appuie sur deux arguments. D'une part, le fait que, même si depuis 2014, le ministère public français n'est plus soumis aux éventuelles instructions individuelles du pouvoir exécutif, le ministre de la Justice peut continuer à lui donner des instructions générales. D'autre part, la structure hiérarchique caractéristique du Parquet suppose une subordination à des supérieurs hiérarchiques. Si la Cour prend en considération essentiellement la possibilité qu'il soit exposé à d'éventuelles instructions individuelles du pouvoir exécutif, l'avocat général, dans le sillage de l'arrêt du 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality* (Défaillances du système judiciaire),

considère que l'indépendance de l'autorité qui émet le mandat d'arrêt européen suppose que cette autorité exerce ses fonctions en toute autonomie, « sans être soumise à aucun lien hiérarchique ou de subordination à l'égard de quiconque et sans recevoir d'ordres ou d'instructions de quelque origine que ce soit ». Ainsi, elle ne doit recevoir d'instructions, ni individuelles, ni générales, doit être libre de tout lien hiérarchique ou de subordination et doit être soumise seulement à la loi. Selon l'avocat général, ce qui a permis au procureur général de Lituanie d'être considéré comme autorité judiciaire d'émission est la garantie constitutionnelle de son indépendance. Mais, de façon contraire, pour ne pas dire contradictoire, il estime que le ministère public français ne peut être considéré comme autorité judiciaire d'émission si ses membres, lorsqu'ils décident d'émettre un mandat d'arrêt européen, doivent se conformer aux instructions générales de politique pénale émises par le ministre de la Justice et contraignantes pour ce type de mandat ainsi qu'aux instructions de leurs supérieurs hiérarchiques.

Allant à l'encontre des conclusions de son avocat général, la CJUE donne un satisfecit au droit français après un examen minutieux des textes applicables. Le droit européen applicable s'appuie sur la décision-cadre 2002/584 qui définit le mandat d'arrêt européen et en détermine le régime juridique. Le droit français mobilise la Constitution, article 64, l'ordonnance n° 58-1270 portant loi organique relative au statut de la magistrature, article 5, le Code de procédure pénale, articles 30, 31, 36, 122, 131, 170, 695-16. La Cour formule un certain nombre d'observations liminaires qui renforcent le caractère solennel de sa décision et tendent à lui assurer une valeur de décision de principe. Les règles applicables servent et s'inscrivent dans le cadre du soutien et du renforcement du principe de confiance mutuelle, fondement de l'espace sans frontières

intérieures, dont le mandat d'arrêt européen est un instrument important, mais s'inscrivant parmi d'autres tendant à la reconnaissance mutuelle des décisions. À ce titre, il doit respecter les droits fondamentaux et la Cour revient sur les deux points essentiels soulevés par les questions préjudicielles.

La première question, essentielle pour les espèces étudiées mais aussi dans le cadre de la réflexion globale sur le statut du Parquet, le ministère public français peut-il être considéré comme autorité judiciaire d'émission ? Il convient de rappeler que la notion d'autorité judiciaire est une notion autonome, faisant l'objet d'une interprétation uniforme par la CJUE se détachant des applications nationales, même si les États membres restent libres de la désigner dans le cadre de la procédure interne mise en œuvre. Ainsi, au sens de la jurisprudence européenne, l'autorité judiciaire d'émission englobe les autorités d'un État membre « qui, sans nécessairement être des juges ou des juridictions, participent à l'administration de la justice pénale de cet État membre et agissent de manière indépendante dans l'exercice des fonctions inhérentes à l'émission d'un mandat d'arrêt européen, ladite indépendance exigeant qu'il existe des règles statutaires et organisationnelles propres à garantir que l'autorité judiciaire d'émission ne soit pas exposée, dans le cadre de l'adoption d'une décision d'émettre un tel mandat d'arrêt, à un quelconque risque d'être soumise notamment à une instruction individuelle de la part du pouvoir exécutif ».

Le ministère public français remplit, sans aucune contestation possible, la première condition, car il participe à l'administration de la justice. Pour l'appréciation de son indépendance, la deuxième condition, la Cour note que la Constitution garantit l'indépendance de l'autorité judiciaire qui est composée des magistrats du siège et des magistrats du Parquet. Le Code de procédure pénale laisse la

possibilité au ministre de la Justice d'adresser des instructions générales de politique criminelle, mais fait obstacle à toute instruction individuelle, ne pouvant pas, dès lors, l'empêcher d'apprécier librement le caractère proportionné du mandat européen. De surcroît, le ministère public exerce l'action publique en toute impartialité.

La CJUE décide « les magistrats du parquet disposent du pouvoir d'apprécier de manière indépendante, notamment par rapport au pouvoir exécutif, la nécessité et le caractère proportionné de l'émission d'un mandat d'arrêt européen et exercent ce pouvoir de manière objective, en prenant en compte tous les éléments à charge et à décharge ».

La Cour ajoute deux remarques supplémentaires qui permettent d'affiner l'appréciation du statut du procureur, précisent sa jurisprudence de mai 2019 et répondent directement aux conclusions de l'avocat général. L'exigence d'indépendance de l'autorité judiciaire s'interprète strictement puisqu'elle exclut des instructions extérieures au pouvoir judiciaire, mais « ne prohibe pas les instructions internes qui peuvent être données aux magistrats du parquet par leurs supérieurs hiérarchiques, eux-mêmes magistrats du parquet, sur la base du lien de subordination qui régit le fonctionnement du ministère public ». La deuxième remarque est aussi inscrite par la Cour sous le signe de l'indépendance, mais elle est, en réalité, relative à l'impartialité. Le fait d'exercer l'action publique ne met pas en cause l'appartenance du Parquet à l'autorité judiciaire qui ne vise pas seulement les juges ou les juridictions d'un État membre. La CJUE a déjà pu reconnaître cette qualité au procureur général de Lituanie « pourvu que son statut lui confère une garantie d'indépendance par rapport au pouvoir exécutif dans le cadre de l'émission du mandat d'arrêt européen ».

Sortant de l'appréciation des espèces soumises, la CJUE propose

une définition générale de l'autorité judiciaire d'émission du mandat d'arrêt européen au sens de la décision-cadre de 2002 qui comprend « les magistrats du parquet d'un État membre, chargés de l'action publique et placés sous la direction et le contrôle de leurs supérieurs hiérarchiques, dès lors que leur statut leur confère une garantie d'indépendance, notamment par rapport au pouvoir exécutif, dans le cadre de l'émission du mandat d'arrêt européen ».

La deuxième question porte sur le droit à une protection juridictionnelle effective. Le mandat d'arrêt européen bénéficie, en principe, d'une protection à un double niveau, puisque la protection suscitée lors de l'émission du mandat d'arrêt européen s'ajoute à celle suscitée par l'émission du mandat d'arrêt national. La CJUE a jugé, dans ses arrêts du 27 mai 2019, qu'il était nécessaire qu'un contrôle relatif à « une protection juridictionnelle effective soit adoptée, à tout le moins, à l'un des deux niveaux de ladite protection ». Le second niveau de protection des droits de la personne concernée suppose que l'autorité judiciaire d'émission contrôle le respect des conditions nécessaires de façon objective, en prenant en compte tous les éléments à charge et à décharge, sans instructions extérieures, et vérifie plus particulièrement son caractère proportionné. Si la Cour réaffirme le principe de protection juridictionnelle effective, elle rappelle son appréciation constante en la matière selon laquelle « l'instauration d'un droit de recours distinct contre la décision d'émettre un mandat d'arrêt européen prise par une autorité judiciaire autre qu'une juridiction ne constitue qu'une possibilité à cet égard ». En France, l'émission d'un mandat d'arrêt européen aux fins de poursuites pénales procède nécessairement d'un mandat d'arrêt national décerné par une juridiction, généralement le juge d'instruction. Il y a ainsi une concomitance de la décision d'émettre un mandat d'arrêt national

émanant de la juridiction et de la décision d'émettre un mandat d'arrêt européen émanant du ministère public, opérant une appréciation des conditions d'émission et de son caractère proportionné. De plus, la décision d'émission d'un mandat d'arrêt européen peut faire l'objet d'une action en nullité sur le fondement de l'article 170 du Code de procédure pénale, action qui est ouverte aussi longtemps que dure la procédure pénale. Par voie de conséquence, si la personne est partie à la procédure, elle peut exercer cette action au moment de l'émission du mandat d'arrêt européen. Si elle n'est pas partie à la procédure, elle peut exercer son action en nullité après sa remise effective, lors de sa comparution devant le juge. Selon l'appréciation de la CJUE, l'ensemble de cet édifice procédural « met en évidence que le caractère proportionné de la décision du ministère public d'émettre un mandat d'arrêt européen peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel préalable, voire quasi concomitant à son émission, et, en toute hypothèse, après l'émission du mandat d'arrêt européen, cet examen pouvant alors intervenir, selon le cas, avant ou après la remise effective de la personne recherchée ».

Forte de ces arguments, la Cour peut ainsi affirmer que la condition de protection juridictionnelle effective dont doit bénéficier une personne visée par un mandat d'arrêt européen est remplie « dès lors que, selon la législation de l'État membre d'émission, les conditions de délivrance de ce mandat et notamment son caractère proportionné font l'objet d'un contrôle juridictionnel dans cet Etat membre ».

La décision de la Cour de justice de l'Union européenne est importante dans le contexte chargé relatif au statut du ministère public à la française. Les arrêts Medvedyev et Moulin de la Cour européenne des droits de l'Homme, les réformes effectuées,

envisagées ou avortées du statut du Parquet, la doctrine polémique sur ces questions permettent de prévoir que la question rebondisse dans les mois ou les années à venir...

LOYAUTÉ DE LA PREUVE

Assemblée plénière, 9 décembre 2019, n° 18-86767, publ. Bull.

L'Assemblée plénière a rendu un arrêt intéressant relatif à la loyauté de la preuve dans une affaire largement médiatisée touchant au milieu du football professionnel et portant sur un chantage à la *sextape*.

Une personne est approchée par un individu prétendant détenir un enregistrement audiovisuel à caractère sexuel dans lequel il apparaît. S'estimant victime d'une tentative de chantage, il dépose plainte. Un officier de police judiciaire, autorisé par le procureur de la République à se faire passer dans les négociations pour l'homme de confiance du plaignant, a, en usant du pseudonyme « Lukas », eu plusieurs échanges téléphoniques avec une personne se présentant comme l'intermédiaire des malfaiteurs. L'enregistrement est utilisé dans le cadre de l'enquête et de l'information préalable ouverte des chefs de tentative de chantage et d'association de malfaiteurs. Plusieurs mis en examen, s'estimant lésés par l'intervention du policier, demandent l'annulation des actes. La chambre de l'instruction refuse, mais son arrêt est cassé par la Chambre criminelle de la Cour de cassation pour violation de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et de l'article préliminaire du Code de procédure pénale. La chambre de l'instruction de renvoi, s'inscrivant dans la même analyse que les premiers juges d'instruction saisis, résiste et

maintient la validité des pièces de procédure. L'assemblée plénière de la Cour de cassation est saisie du nouveau pourvoi articulé principalement autour de deux griefs tenant au principe de loyauté de la preuve, sans évoquer les moyens irrecevables ou tenant à la présomption d'innocence qui relèvent plus de la rhétorique que du droit. Les questions de droit sont relatives au principe de loyauté des preuves en droit pénal, notamment en cas d'utilisation de stratagèmes émanant d'agents de l'autorité publique et, plus particulièrement, de la sempiternelle question de la distinction entre la provocation à l'infraction et la provocation à la preuve de l'infraction.

La procédure pénale française est régie par le principe de la liberté des preuves. En vertu de l'article 427 du Code de procédure pénale, « hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction ». Si l'article pose une limite dans son deuxième alinéa quant au mode de production des preuves, « le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui », la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CSDHLF) et l'article préliminaire du Code de procédure pénale ajoutent deux limites. La première est issue de la lettre même des textes et tient à la légalité de la preuve. La seconde est formulée par la jurisprudence et repose sur la loyauté de la preuve. La note explicative accompagnant l'arrêt rappelle que « de manière constante, la chambre criminelle de la Cour de cassation considère que le principe de loyauté dans l'administration de la preuve en matière pénale, qui ne trouve pas à s'appliquer lorsque des preuves sont produites en justice par des personnes privées,

s'impose aux autorités publiques chargées de l'instruction et des poursuites » de sorte que « le recours à la ruse ou à un stratagème, par un représentant de l'autorité publique, est déloyal s'il a pour objet ou effet de pousser à la commission de l'infraction qui, sans cela, n'aurait pas été commise ». Afin de déterminer la validité d'une preuve, il convient d'opérer deux distinctions. La première porte sur l'origine de la preuve. La preuve déloyale émanant d'une partie privée, le plus souvent la partie civile, est admise, alors que cette même preuve émanant d'agents publics doit être refusée. La seconde porte sur le caractère de la preuve déterminé par le degré d'implication de l'agent dans le processus infractionnel. La provocation à la commission de l'infraction par l'agent est considérée comme une preuve déloyale, alors que le simple fait de constater la preuve de la commission de l'infraction, sans aucune forme d'incitation ou de participation, est admise. Par une jurisprudence constante, la « provocation policière » est admissible lorsqu'elle n'a pas pour effet de déterminer les agissements délictueux mais seulement d'en révéler l'existence, afin d'en permettre la constatation ou d'en arrêter la continuation, depuis un arrêt du 9 août 2006 (Bull. n° 202).

En l'espèce, la deuxième branche du moyen, même si elle est examinée en premier lieu par l'Assemblée plénière, porte sur la provocation à l'infraction. Pour dire que l'intervention de l'enquêteur n'avait en aucune manière provoqué à la commission de l'infraction, la chambre de l'instruction avait analysé en détail les actes accomplis par les personnes mises en cause avant même que le policier n'intervienne comme intermédiaire et en avait conclu que ces actes, liés de manière indivisible aux actes postérieurs, étaient constitutifs d'une tentative de chantage préexistant à ladite intervention. Le pourvoi critique cette appréciation en soutenant

qu'en « vertu du principe de loyauté de la preuve, toute provocation à la commission d'une infraction est prohibée ».

Si l'Assemblée plénière écarte le moyen, elle saisit l'occasion de rappeler le principe selon lequel « constitue une violation du principe de loyauté de la preuve toute provocation à la commission de l'infraction de la part des agents de l'autorité publique ». Néanmoins, elle rappelle les éléments retenus par les juges d'instruction aboutissant à démontrer que « le policier qui a tenu un rôle d'intermédiaire s'est inséré dans un processus infractionnel indivisible caractérisant une entreprise de chantage et n'a en aucune manière provoqué à la commission de l'infraction ». L'assemblée plénière reprend ici la distinction classique entre « provocation à la preuve de l'infraction », admise, et « provocation à l'infraction », interdite. Puisque le policier est intervenu dans le cadre de la preuve d'une tentative de chantage, il ne pouvait pas avoir provoqué à la commission de l'infraction. En effet, cette dernière était en cours de commission, puisque le commencement d'exécution était caractérisé et que la multitude d'actes effectués démontraient l'absence de désistement volontaire.

Cette distinction s'inspire de la méfiance des juges à l'égard des stratagèmes qui peuvent rompre l'équilibre de la procédure. Le recours à la ruse ou à un stratagème par un membre de l'autorité publique, ayant pour objet d'inciter à commettre une infraction pour ensuite la reprocher à celui qui l'a commise, est un procédé déloyal.

La première branche du moyen, examiné pourtant en second lieu par la Cour de cassation, porte sur l'usage d'un stratagème prétendument déloyal.

Si les juges admettent l'intervention des agents publics dans l'administration de la preuve, c'est à condition que la loyauté de la

preuve soit préservée et qu'il n'y ait pas de contournement ou de détournement de la procédure pour recueillir une preuve. La nature des actes des enquêteurs apparaît ainsi déterminante dans la qualification du procédé utilisé, au regard du principe de loyauté des preuves. Dans sa note explicative accompagnant l'arrêt, la Cour de cassation rappelle les deux arrêts récents qui avaient renouvelé l'appréciation de la loyauté de la preuve. Dans un arrêt du 6 mars 2015, l'Assemblée plénière avait considéré que le placement, au cours d'une mesure de garde à vue et durant les périodes de repos séparant les auditions, de deux personnes retenues dans des cellules contiguës, préalablement sonorisées, de manière à susciter des échanges verbaux qui seraient enregistrés à leur insu pour être utilisés comme preuve, constituait un procédé déloyal d'enquête qui avait mis en échec le droit de se taire et celui de ne pas s'incriminer soi-même et, ainsi, avait porté atteinte au droit à un procès équitable. L'arrêt du 10 novembre 2017, rendu dans « l'affaire du roi du Maroc », avait admis l'intervention de policiers pour organiser des surveillances de nature à confirmer ou infirmer les dires du plaignant et, si nécessaire, interpellé les auteurs. Les remises aux enquêteurs à bref délai des enregistrements réalisés par le représentant du plaignant et leur transcription par les enquêteurs étaient dépourvus de toute portée quant au rôle actif susceptible d'être prêté à ces derniers et que « le seul reproche d'un "laisser faire" des policiers, dont le rôle n'avait été que passif, ne pouvait suffire à caractériser un acte constitutif d'une véritable implication ». Ainsi que le rappelle l'Assemblée plénière, aussi bien dans son arrêt de 2017 que dans la note explicative accompagnant son arrêt de 2019, « la nature des actes des enquêteurs apparaît ainsi déterminante dans la qualification du procédé utilisé, au regard du principe de loyauté des preuves ».

Le pourvoi critiquait l'arrêt de la chambre de l'instruction en considérant que « porte atteinte au droit à un procès équitable et au principe de loyauté des preuves le stratagème qui en vicie la recherche par un agent de la force publique ». L'Assemblée plénière le rejette et en profite pour récapituler les règles fondamentales en matière de loyauté de la preuve émanant d'un agent public.

« Le stratagème employé par un agent de l'autorité publique pour la constatation d'une infraction ou l'identification de ses auteurs ne constitue pas en soi une atteinte au principe de loyauté de la preuve ». Le principe de loyauté de la preuve ne proscrie pas, par principe, l'utilisation de stratagème de la part des agents, ce qui est apparent dans la loi (pour prendre l'exemple le plus évident, les infiltrations policières) ou dans la jurisprudence (l'admission de la provocation à la preuve de l'infraction).

« Seul est proscrie le stratagème qui, par un contournement ou un détournement d'une règle de procédure, a pour objet ou pour effet de vicier la recherche de la preuve en portant atteinte à l'un des droits essentiels ou à l'une des garanties fondamentales de la personne suspectée ou poursuivie ». En revanche, ce stratagème devient interdit lorsqu'il porte atteinte aux droits de la personne poursuivie.

La phrase semble se décomposer en plusieurs situations juridiques. Le contournement de la procédure se traduit par un évitement de l'application des règles normales, alors que le détournement correspond à une situation de soustraction volontaire aux règles applicables. Le stratagème utilisé correspond à la fois à une situation matérielle ou formelle. Soit l'objectif du stratagème a été de s'abstraire des règles de procédure, dans ce cas, il importe peu que le résultat ait été obtenu ou non. Soit l'utilisation même du stratagème a vicié la procédure, sans que ce résultat soit recherché.

Que le résultat soit effectif ou simplement éventuel, il marque la procédure d'un défaut qui la rend inacceptable.

La Cour de cassation considère que ce n'est pas tant le moyen lui-même qui est remis en cause, mais les effets sur la situation juridique. S'il crée un déséquilibre qui nuit à l'individu mis en cause, la procédure pénale se charge de rétablir l'équilibre en déclenchant la nullité des preuves fondées sur le principe de loyauté. Ce qui demande un effort de la part de la personne s'en prévalant qui doit démontrer l'atteinte portée à ses droits. En son absence, l'utilisation du stratagème ne produit pas d'effet juridique et la procédure pénale se trouve validée.

L'Assemblée plénière rejette le pourvoi sans apprécier le caractère déloyal ou non du stratagème employé. Mais elle constate que le pourvoi se contente d'invoquer le procédé déloyal « sans démontrer ni même alléguer une atteinte à l'un de leurs droits », ce qui ne lui permet pas d'en obtenir l'annulation. La déloyauté n'est donc pas un motif de nullité en soi, mais un motif de nullité relative conditionnée par l'atteinte aux droits essentiels de la personne poursuivie.

BRÈVES

INTERDICTION GÉNÉRALE DE PROCÉDER À LA CAPTATION OU À L'ENREGISTREMENT DES AUDIENCES DES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES OU JUDICIAIRES

Conseil constitutionnel, 2019-807 QPC 6 décembre 2019

Après avoir été condamné pour avoir publié des photos du procès Merah, un journal a posé une question prioritaire de constitutionnalité critiquant l'article 38 ter de la loi du 29 juillet

1881 relative à la liberté de la presse. Ce dernier interdit, dès l'ouverture de l'audience des juridictions administratives ou judiciaires, l'emploi de tout appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image. Le président fait procéder à la saisie de tout appareil et du support de la parole ou de l'image utilisés en violation de cette interdiction. Toutefois, sur demande présentée avant l'audience, le président peut autoriser des prises de vues quand les débats ne sont pas commencés et à la condition que les parties ou leurs représentants et le ministère public y consentent. Les mêmes peines sont applicables à la cession ou la publication, de quelque manière et par quelque moyen que ce soit, de tout enregistrement ou document obtenu en violation des dispositions du présent article. La question prioritaire de constitutionnalité critique le caractère général de cette interdiction afin de tenir compte de la liberté d'expression des journalistes et du « droit du public de recevoir des informations d'intérêt général », ce qui constitue une méconnaissance de la liberté d'expression et de communication. Le Conseil constitutionnel écarte ces critiques.

L'interdiction instaurée par la loi de 1881 garantit la sérénité des débats vis-à-vis des risques de perturbations liés à l'utilisation de ces appareils, préservant l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice, et prévient « les atteintes que la diffusion des images ou des enregistrements issus des audiences pourrait porter au droit au respect de la vie privée des parties au procès et des personnes participant aux débats, à la sécurité des acteurs judiciaires et, en matière pénale, à la présomption d'innocence de la personne poursuivie ». Si l'évolution technologique permet de limiter les perturbations liées à l'enregistrement, l'évolution des moyens de communication leur confère une diffusion large amplifiant les risques précités. Enfin,

l'interdiction n'est pas absolue, car des exceptions sont possibles, « ne prive pas le public qui assiste aux audiences, en particulier les journalistes, de la possibilité de rendre compte des débats par tout autre moyen, y compris pendant leur déroulement ». Certains commentateurs voient dans cette formule la reconnaissance implicite, mais claire, de la légalité des *live-tweets*, permettant aux personnes présentes à l'audience d'en rendre compte en direct et en temps réel.

Par voie de conséquence, « l'atteinte à l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui résulte des dispositions contestées est nécessaire, adaptée et proportionnée aux objectifs poursuivis » et l'article 38 ter de la loi de 1881 est considéré comme étant constitutionnel.

PREUVE – PERMIS DE CONDUIRE

Crim. 26 novembre 2019, n° 19-80597, publ. Bull.

Un individu a fait l'objet d'un contrôle routier banal alors qu'il conduisait un véhicule. Il a présenté une carte de séjour de 10 ans de 2016 et un permis de conduire établi par le Rwanda en 2002. Il a été poursuivi du chef de conduite sans permis. Il est relaxé par le tribunal correctionnel dont l'analyse est approuvée par les juges du fond. La Chambre criminelle casse l'arrêt en apportant des précisions utiles sur la preuve du permis de conduire délivré par un autre État que la France.

En premier lieu, les juges constatent que l'individu a légalement obtenu son permis au Rwanda, État dans lequel il résidait à l'époque de son obtention, et que ce permis était rédigé en français et en cours de validité, puisqu'il n'était pas établi qu'il ait fait l'objet d'une

mesure de suspension, de retrait ou d'annulation. Par ailleurs, le contrôle a été opéré le 1^{er} mars 2016, alors que son titre de séjour avait été obtenu le 12 janvier 2016. Il se trouvait ainsi dans le délai d'un an suivant l'acquisition de sa résidence normale en France, délai pendant lequel il peut demander la reconnaissance du permis étranger. Pendant ce délai, son permis rwandais est considéré comme valable en France, peu importe qu'il n'existe pas d'accord de réciprocité entre la France et le Rwanda, puisque cela ne constitue pas une condition de la procédure de reconnaissance. La Cour de cassation approuve cette analyse en décidant que « le titulaire d'un permis de conduire délivré par un État étranger n'appartenant ni à l'Union européenne, ni à l'espace économique européen, peut, en vertu de l'article 2 de l'arrêté susvisé, voir ce permis reconnu sur le territoire français jusqu'à l'expiration d'un délai d'un an suivant l'acquisition de sa résidence normale en France s'il satisfait aux exigences de l'article 3, nonobstant l'impossibilité pour lui d'obtenir, dans ce délai, l'échange de son permis étranger contre un permis français ».

En deuxième lieu, la Cour de cassation décide de prononcer tout de même la cassation de l'arrêt en se fondant sur un motif de procédure pénale. Pour prononcer la validité du permis, les juges du fond se sont appuyés sur la photocopie du permis de conduire annexée au dossier. Or, la Cour de cassation rappelle que « la seule production de la photocopie du permis de conduire ne pouvait suffire à établir son existence », les juges doivent procéder à des investigations complémentaires « aux fins de production de l'original ou de vérification de la réalité de ce titre ».

L'arrêt est intéressant à ce titre, car il rappelle que la seule production de la photocopie du permis de conduire étranger ne suffit pas à prouver son existence ou sa validité, seule la production

de l'original du titre produit un effet probatoire.

PERQUISITIONS ET SAISIES EN DROIT DU TRAVAIL – INCONVENTIONNALITÉ

Crim. 10 décembre 2019, n° 18-85833, publ. Bull.

Le syndicat, ainsi que le comité d'entreprise d'une société de transport française, ont porté plainte pour prêt illicite de main-d'œuvre, marchandage et travail dissimulé. L'enquête a été confiée à l'office central de lutte contre le travail illégal et à la gendarmerie. En 2012, sur réquisitions du ministère public, les présidents des tribunaux de grande instance territorialement compétents ont autorisé des perquisitions et saisies de pièces à conviction, sur le fondement de l'article L. 8271-13 du Code du travail, dans sa version issue de l'ordonnance n° 2010-462 du 6 mai 2010, en vue de la recherche et de la constatation des infractions dénoncées. Selon ce dernier, « dans le cadre des enquêtes préliminaires diligentées pour la recherche et la constatation des infractions aux interdictions de travail dissimulé, les officiers de police judiciaire assistés, le cas échéant, des agents de police judiciaire, peuvent, sur ordonnance du président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter ou d'un juge délégué par lui, rendue sur réquisitions du procureur de la République, procéder à des visites domiciliaires, perquisitions et saisies de pièces à conviction dans les lieux de travail relevant des articles L. 4111-1 », donc aux employeurs de droit privé et de droit public. En 2015, le tribunal correctionnel a accueilli l'exception d'inconventionnalité de l'article L. 8271-13 du Code du travail soulevée par les prévenus, annulé un certain nombre d'actes de la procédure subséquents aux ordonnances prises en application de cet article ayant autorisé des

perquisitions et saisies de pièces à conviction. En statuant au fond, en 2016, le tribunal a renvoyé les prévenus des fins de la poursuite et déclaré les constitutions de partie civile irrecevables. La Cour d'appel a confirmé cette analyse. Le procureur général près la Cour d'appel a formé un pourvoi en cassation dont le moyen sur l'inconventionnalité des perquisitions et saisies retient l'attention. Les juges du fond ont accueilli l'exception d'inconventionnalité de l'article L. 8271-13 du Code du travail, se basant essentiellement sur deux motifs – d'une part, l'absence d'un recours effectif, ce qui engendre, d'autre part, une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Si la Chambre criminelle approuve l'analyse du procureur général, elle rejette cependant le pourvoi.

Les juges du fond ont appuyé leur appréciation de l'absence de recours effectif sur le fait « que la possibilité pour un justiciable d'obtenir un contrôle juridictionnel effectif de la régularité de l'ordonnance et de ses mesures d'exécution est subordonnée à la mise en œuvre préalable, à son encontre, de poursuites, essentiellement par le ministère public », tout en constatant, qu'en l'espèce, le recours était intervenu trois ans après les opérations contestées, perdant de ce fait son caractère effectif. La Cour de cassation corrige l'appréciation de cette condition en rappelant que « la circonstance que la décision du président du tribunal de grande instance autorisant des perquisitions et saisies de pièces à conviction ne soit pas susceptible d'appel immédiat ne prive pas d'un recours effectif la personne poursuivie, qui est en droit, après l'enquête, devant la juridiction de fond saisie directement par le ministère public, d'en invoquer la nullité ainsi que celle des opérations subséquentes conformément à l'article 385 du code de

procédure pénale ». Le deuxième motif d'inconventionnalité suffit pour entacher irrémédiablement la procédure mise en œuvre par le Code du travail. En effet, le texte ne prévoit pas le contrôle des opérations de perquisition et de saisie par le juge qui les a ordonnées et, en l'espèce « il n'est ni prétendu ni établi par les actes de la procédure d'enquête qu'un contrôle concret » aurait été effectué. Or, l'article 8 CSDHLF exige que « les opérations de perquisition et de saisie qui sont ordonnées par le juge doivent aussi être exécutées sous son contrôle effectif, lui permettant d'être informé de toute difficulté d'exécution, de se rendre sur les lieux et, le cas échéant, d'ordonner la suspension ou l'arrêt des mesures qu'il a autorisées et de s'assurer, ainsi, qu'elles sont justifiées et ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de la personne concernée ». Le pourvoi est rejeté, car la seconde condition de conventionnalité n'est pas remplie.

Les opérations de perquisition et de saisie doivent remplir une double condition. La première condition est objective et tient à l'existence d'un contrôle effectif. La seconde condition est subjective et tient à garantir l'absence d'atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale. L'une est la lettre de l'article 8, l'autre en est l'esprit. En tout état de cause, les deux conditions sont cumulatives et nullement alternatives. Ainsi, la Cour de cassation s'assure de leur respect à toutes deux afin de valider les actes d'investigation.

La décision de la Cour de cassation est importante et elle doit être mise en rapport avec la décision du Conseil constitutionnel du 4 avril 2014 (2014-387 QPC) déclarant l'article L. 8271-13 du Code du travail inconstitutionnel, avec effet au 1^{er} janvier 2015. Ce dernier avait considéré « qu'en l'absence de mise en œuvre de l'action

publique conduisant à la mise en cause d'une personne intéressée par une visite domiciliaire, une perquisition ou une saisie autorisées en application des dispositions contestées, aucune voie de droit ne permet à cette personne de contester l'autorisation donnée par le président du tribunal de grande instance ou son délégué et la régularité des opérations de visite domiciliaire, de perquisition ou de saisie mises en œuvre en application de cette autorisation ».

COMPÉTENCE DU JUGE PÉNAL EN MATIÈRE EUROPÉENNE

Crim. 18 décembre 2019, n° 18-83062, publ. Bull.

À la suite d'une enquête menée conjointement par l'autorité judiciaire et le service de la concurrence et de la protection des consommateurs, une personne est poursuivie des chefs d'exploitation d'un cercle ou d'une maison de jeux sans déclaration préalable, omission de déclaration de recettes des jeux, exploitation d'un cercle ou d'une maison de jeux sans tenue d'un registre conforme et omission de paiement de l'impôt sur les spectacles, pour avoir organisé de manière irrégulière des loteries à titre commercial. Elle a soulevé plusieurs exceptions préjudicielles qui ont été déclarées irrecevables par les juges du fond au moyen de décisions couvertes par l'autorité de la chose jugée. Elle a aussi présenté à la formation civile une demande pour constater l'incompatibilité entre certains articles du Code général des impôts et une directive européenne. La Chambre criminelle de la Cour de cassation saisit l'occasion pour rappeler qu'il « appartient au juge pénal d'apprécier la compatibilité de la loi nationale avec le droit de l'Union, sous réserve de l'application de l'article 267 du Traité de

fonctionnement de l'Union européenne relatif au recours en interprétation devant la Cour de justice de l'Union européenne ». Cependant, l'arrêt n'encourt pas la censure, car la Chambre criminelle peut s'assurer, à la lumière des dispositions européennes applicables, ainsi que de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, que les articles français litigieux sont conformes au droit européen.

COMPÉTENCE JUDICIAIRE – VIOLATION DU SECRET PROFESSIONNEL

Crim. 10 décembre 2019, n° 19-80479, publ. Bull.

Un gendarme informe son médecin du fait qu'une enquête judiciaire relative aux infractions à la législation sur les stupéfiants visait son fils, lors d'une consultation. Le gendarme admet avoir consulté la procédure concernant ce mis en cause et avoir vérifié la teneur d'une communication téléphonique interceptée sur la centrale d'écoutes Foretec. Le fils est avisé par sa mère et en parle au téléphone à un tiers. Les lignes étant sous surveillance, des interceptions téléphoniques permettent d'enregistrer la conversation téléphonique. Le gendarme est cité devant le tribunal correctionnel pour violation de secret professionnel. Il oppose une exception d'incompétence rejetée par le tribunal, décision confirmée par la Cour d'appel. La Cour de cassation rappelle les règles applicables en matière de compétence lors d'une infraction commise par un militaire, combinant les règles issues du Code de la défense et du Code de procédure pénale.

L'article L. 4123-10 du Code de la défense oblige l'État à accorder sa protection au militaire dans le cas où il fait l'objet de poursuites

pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle et qui relèvent donc de la compétence des juridictions spécialisées en matière militaire. Ainsi, une faute détachable du service commise par le militaire hors du cadre de la mission de service qui lui est confiée relève de la compétence des juridictions de droit commun. En l'espèce, il était incontestable que la révélation des informations couvertes par le secret professionnel avait eu lieu au cours de conversations privées entre le prévenu et son médecin, en dehors de tout exercice du service de l'intéressé. La compétence penchait donc pour la juridiction judiciaire par les formations pénales de droit commun.

Selon l'article 697-1 du Code de procédure pénale, les juridictions pénales de droit commun ne sont compétentes pour connaître des infractions de droit commun commises par les militaires de la gendarmerie que lorsque ces infractions sont commises dans l'exercice de leurs fonctions relatives à la police judiciaire ou à la police administrative. Or, en l'espèce, le gendarme avait révélé des informations confidentielles issues d'une enquête judiciaire à laquelle il ne participait pas. Il contestait, dès lors, avoir commis la violation du secret professionnel dans le cadre de l'exercice de ses fonctions relatives à la police judiciaire ou administrative pour relever de la compétence des juridictions de droit commun.

Pourtant, la Cour de cassation approuve l'analyse des juges du fond et conforte la compétence des juridictions judiciaires, donc des formations pénales de droit commun. « La révélation d'informations couvertes par le secret de l'enquête, dont le prévenu a pu avoir connaissance à l'occasion de ses fonctions mais hors l'exercice de son service, comme ne participant pas à l'enquête, a eu lieu au cours de conversations privées entre le prévenu et son médecin, en dehors de tout exercice du service de l'intéressé ». La violation du secret

professionnel est constituée, selon l'article 226-13 du Code pénal, par « révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ». Il était incontestable que l'information était confidentielle et que le gendarme était soumis au secret professionnel. Le délit est consommé par la révélation et nullement par la découverte de l'information. Si le gendarme a pris connaissance de l'information secrète dans le cadre de ses fonctions, la révélation est sortie de ce cadre, s'inscrivant dans un échange privé. L'interprétation stricte de la loi pénale permet aux juges de considérer leur compétence en raison des éléments constitutifs du délit, pas du contexte de commission de l'infraction. L'arrêt du 10 décembre 2019 permet aussi de constater que la qualification retenue en l'espèce est celle de la violation du secret professionnel et pas la violation du secret de l'enquête, difficile à appliquer et ayant totalement perdu sa force répressive ces dernières années. C'est aussi l'occasion pour la Cour de cassation de formuler une solution de principe claire en affirmant que « n'est pas commis dans l'exercice du service, le fait, pour un militaire, de révéler, dans un cadre privé, une information obtenue à l'occasion de ses fonctions, fût-ce par l'utilisation des moyens mis à sa disposition pour l'exercice de ses fonctions ».

PERMIS DE CONSTRUIRE

Crim. 3 décembre 2019, n° 18-86032, publ. Bull.

Une personne a obtenu un permis de construire pour une maison comprenant deux logements distincts. Or, elle a fait construire trois logements distincts, chacun avec son entrée et des compteurs

différents. Cette modification nécessitait la construction de 11 places de stationnement, non pas seulement 6, au regard du plan local d'urbanisme. Il a été poursuivi et condamné par le tribunal correctionnel pour infractions au Code de l'urbanisme et pour faux. La Cour d'appel a confirmé la culpabilité pour l'infraction d'exécution de travaux sans permis de construire, mais l'a aussi condamné pour la violation des règles du plan local d'urbanisme. Il forme un pourvoi en cassation qui ne rencontre pas le succès devant la Cour de cassation.

Les juges du fond l'ont condamné pour la violation des règles du Code de l'urbanisme ainsi que pour la violation des règles fixées par le plan local d'urbanisme (PLU). En ce qui concerne l'infraction d'exécution de travaux sans permis de construire, les juges ont justifié leur décision en considérant que « la modification affectait une construction qui n'avait pas encore été achevée conformément au permis de construire obtenu ». Mais de surcroît, le prévenu a construit seulement 6 places de stationnement, au lieu des 11 qui étaient imposés par le PLU. Il a donc été aussi déclaré coupable de délit d'exécution de travaux en violation du règlement du plan local d'urbanisme pour ne pas avoir réalisé onze places de stationnement. Les juges considèrent « que nonobstant l'absence d'autorisation de construire trois logements, le prévenu devait, « dès lors qu'il construisait même irrégulièrement trois logements », réaliser onze places de stationnement ». La Cour de cassation approuve le cumul des deux qualifications en considérant que les éléments matériels de la violation du permis délivré et de celle de la violation du plan sont distincts. Il s'agit donc d'un cumul réel d'infractions caractérisées par des éléments constitutifs différents.

ERREUR DE DROIT

Crim. 17 décembre 2019, n° 18-86358, publ. Bull.

Deux personnes sont condamnées pour chasse non autorisée en réunion, de nuit, avec usage d'un véhicule et port d'arme. Il leur est reproché d'avoir abattu deux cervidés à l'occasion d'une action de chasse organisée, de nuit, alors qu'elles s'étaient rendues avec leurs véhicules près des animaux qu'elles avaient éblouis avec les phares, sur le territoire d'un domaine consacré à l'exploitation d'une chasse commerciale portant sur du gros gibier. Ils forment un pourvoi sur le fondement de l'article 122-3 du Code pénal en considérant qu'ils ont commis l'infraction sous l'emprise d'une erreur de droit, « la jurisprudence de la Cour de cassation, non remise en cause depuis 1984, étant en ce sens que la réglementation générale de la chasse n'est pas applicable dans une propriété » privée. La Cour de cassation rejette le moyen en consacrant une nouvelle fois une interprétation étroite de l'erreur de droit reposant autant sur des données objectives que subjectives. D'une part, elle reprend les qualités des condamnés « chasseurs depuis plus de vingt ans, [qui] ne sauraient affirmer sans une mauvaise foi évidente que la chasse de nuit est autorisée pour tout particulier sur ses propres terres, qui plus est avec des engins motorisés », se fondant sur l'état d'esprit des individus. D'autre part, l'appréciation objective de cette infraction la conduit à rappeler la *ratio legis* puisque « cette interdiction est notamment commandée par des impératifs de sécurité pour les chasseurs et des considérations éthiques » et de préciser « que la gestion des espaces privés, qui peuvent être traversés par des espèces sauvages même lorsqu'ils sont clos, s'inscrit dans le cadre de la gestion cynégétique nationale et ne saurait échapper à toute réglementation ». Du point de vue formel,

la Chambre criminelle relève que les chasseurs se sont prévalus de l'arrêt de 1984 pour la première fois devant la Cour de cassation, alors qu'ils ignoraient un arrêt du 22 mars 2005 qui affirmait le contraire...

DIFFAMATION ET RÉVÉLATION DE HARCÈLEMENT

Crim. 26 novembre 2019, n° 19-80360, publ. Bull.

La salariée d'une association d'enseignement confessionnel a adressé un message électronique, dans lequel elle imputait des faits d'agression sexuelle, de harcèlement sexuel et moral au vice-président de l'association, à plusieurs personnes – le directeur général de l'association, l'inspecteur du travail, l'épouse et le fils de la personne mise en cause. Cette dernière a fait citer l'auteure du courriel du chef de diffamation publique envers un particulier devant le tribunal correctionnel qui l'a déclarée coupable, décision confirmée par la Cour d'appel. L'auteur du courriel a formé un pourvoi en cassation rejeté par la Cour de cassation, mais qui permet de noter une analyse intéressante des juges. Outre la contestation de la régularité de la procédure de citation directe et de la spécificité de la diffamation, le pourvoi soutient que les salariés sont autorisés à dénoncer, auprès de leur employeur et des organes chargés de veiller à l'application des dispositions relatives au droit du travail, les agissements de harcèlement ou d'agression sexuelle, de sorte que cet acte ne peut être poursuivi au titre de la diffamation, sauf « lorsqu'il est établi par la partie poursuivante que le salarié avait connaissance, au moment de la dénonciation, de la fausseté des faits allégués ». En demandant à la salariée victime d'établir sa bonne foi, les juges ont inversé la charge de la preuve et

violé le dispositif légal. Subsidiairement, la salariée n'avait pas à prouver la réalité de l'agression sexuelle, il lui suffisait de se prévaloir d'une base factuelle suffisante.

La Cour rejette toutes les critiques en considérant que les accusations portées peuvent constituer des « faits attentatoires à l'honneur et à la considération dès lors qu'ils sont susceptibles de constituer des délits et suffisamment précis pour faire l'objet d'un débat sur leur vérité ». Or, la salariée n'avait apporté aucun élément pouvant établir la réalité des infractions imputées. Ses affirmations pouvaient ainsi constituer une diffamation. La salariée pouvait bénéficier du régime spécial de la diffamation et s'exonérer de sa responsabilité pénale en utilisant deux moyens. D'une part, elle peut bénéficier de la permission de la loi, selon l'article 122-4, alinéa 1^{er} du Code pénal, l'autorisant à dénoncer de tels agissements auprès de l'employeur ou des autorités. Mais le fait d'avoir adressé le courriel à d'autres personnes en dehors de cette liste ne permet pas de bénéficier de l'exonération de responsabilité pénale. D'autre part, l'excuse de bonne foi peut soustraire la personne à la condamnation. L'absence de base factuelle suffisante ne permettait pas à la salariée de bénéficier de la bonne foi, l'excluant de fait du champ de l'exonération de responsabilité pénale.

FÉVRIER 2020



CREOGN
CENTRE DE RECHERCHE
DE L'ÉCOLE DES OFFICIERS DE LA GENDARMERIE NATIONALE

CORRUPTION – RAPPORT GRECO – 9 JANVIER 2020

Le GRECO, le Groupe d'États contre la corruption, a été créé par le Conseil de l'Europe en 1999 et a comme mission de veiller à l'application des normes de lutte contre la corruption. Le GRECO procède par « cycle d'évaluation » couvrant des champs spécifiques et soumettant chaque membre à une évaluation individuelle de son système.

Le premier cycle d'évaluation du GRECO (2000-2002) a traité la question de l'indépendance, de la spécialisation et des moyens utilisés par les organes nationaux engagés dans la prévention et la lutte contre la corruption. Le deuxième cycle d'évaluation (2003-2006) a porté sur l'identification, la saisie et la confiscation des produits du crime, la prévention et la détection de la corruption dans l'administration publique et la prévention de la pratique consistant à utiliser des personnes morales pour dissimuler les faits de corruption. Le troisième cycle d'évaluation (lancé en janvier 2007) s'est intéressé aux incriminations prévues par la Convention pénale sur la corruption et la transparence du financement des partis politiques. Le quatrième cycle d'évaluation (commencé en janvier 2012) a examiné la corruption des parlementaires, juges et procureurs en se penchant sur les règles déontologiques et éthiques, les conflits d'intérêts, les déclarations de patrimoine et d'intérêts, l'interdiction ou la limitation de certaines activités. Le cinquième cycle d'évaluation (lancé en mars 2017) a évalué la prévention de la corruption et la promotion de l'intégrité au sein des gouvernements et des services répressifs en reprenant les items appréciés dans le quatrième cycle.

Le GRECO a rendu son rapport d'évaluation de la France dans le cadre du cinquième cycle le 9 janvier 2020. Il « évalue l'efficacité du

cadre existant en France pour prévenir la corruption parmi les personnes occupant de hautes fonctions de l'exécutif (le Président de la République, les ministres, les conseillers et les hauts fonctionnaires au sommet de l'exécutif) et les membres des services répressifs », donc les membres de la police et de la gendarmerie nationales, en soulignant les avancées accomplies et celles qui sont encore nécessaires.

La législation française a accompli des progrès notables visant à renforcer la transparence de la vie publique et la probité, plus particulièrement à travers la mise en place de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), de l'Agence française anticorruption ou encore du Parquet national financier. Néanmoins, les attentes d'exemplarité des citoyens sont très importantes et conduisent à souligner la nécessité d'amélioration par l'adoption de codes de conduite s'appliquant à toutes les Personnes exécutant de hautes fonctions au sein de l'exécutif (PHFE), couvrant tous les sujets liés à l'intégrité (conflits d'intérêts, obligations déclaratives, incompatibilités, cadeaux, obligations en cas de départ vers le privé, contacts avec des groupes d'intérêts, informations confidentielles), s'accompagnant d'un contrôle effectif et de sanctions disciplinaires proportionnelles. Si un plan pluriannuel de lutte contre la corruption a été récemment adopté afin de systématiser la détection des risques de corruption et leur prévention au sein des ministères, selon le rapport, son champ d'application devrait être étendu au cabinet du Président de la République.

Exploitant les chiffres publiés par la HATVP, le rapport recommande d'améliorer les déclarations d'intérêts des membres de cabinet et de les étendre à leurs proches, ce qui a été exclu par la jurisprudence constitutionnelle. De plus, la pratique récente selon laquelle la sélection des conseillers inclut un contrôle de leur intégrité devrait

être pérennisée en droit pour qu'elle s'impose à tout futur gouvernement. Concernant le Président de la République, le rapport estime que ses déclarations de patrimoine et d'intérêts devraient être examinées à son entrée en fonction afin de désamorcer tout éventuel conflit d'intérêts, comme c'est le cas pour les membres du gouvernement. Tout en saluant la création d'un registre public des déports qui précise les domaines dans lesquels les ministres sont écartés du processus décisionnel afin d'éviter tout conflit d'intérêts, le rapport préconise l'inclusion des membres des cabinets compte tenu de leur influence importante sur la prise de décision.

Le GRECO insiste sur la nécessité d'une plus grande transparence sur les contacts entre l'exécutif et les groupes d'intérêts pour permettre de mesurer leur poids sur la prise de décision. Les membres de l'Exécutif, y compris le Président de la République, devraient communiquer publiquement et à intervalles réguliers une liste des lobbyistes rencontrés et des questions abordées. Par ailleurs, l'actuel registre des groupes d'intérêts devrait couvrir tous les lobbyistes ayant été en contact avec une PHFE ; actuellement seuls ceux qui démarchent d'eux-mêmes les PHFE ont pour obligation de s'inscrire, donnant donc une vision partielle de la situation réelle.

Par ailleurs, la confidentialité de la procédure de conseil des référents déontologues devrait être prévue par la loi et ces derniers devraient être formés à ces fonctions.

Le rapport remet aussi en cause le jugement de ces affaires lorsqu'elles conduisent à la qualification d'infractions pénales. La Cour de Justice de la République, appelée à juger les ministres pour des infractions pénales commises dans le cadre de leurs fonctions, est composée pour moitié de parlementaires, ce qui ne lui permet

pas d'être perçue comme indépendante par la population. Le GRECO appelle à ce que les infractions de corruption soient traitées par une autre juridiction non seulement indépendante et impartiale mais aussi perçue comme telle. Par ailleurs, des garanties supplémentaires devraient encadrer la remontée d'informations du Parquet national financier vers l'exécutif afin de préserver l'intégrité des poursuites engagées contre ses membres. Le rapport salue la mise en place d'un Parquet spécialisé, le Parquet national financier, qui doit se renforcer et se développer. Il doit jouer un rôle important en ce qui concerne les infractions pénales commises par les PHFE, notamment celles en fonction, à condition d'avoir des moyens adaptés en termes de personnels spécialisés et de préserver son indépendance.

Le GRECO se penche aussi sur les services répressifs, plus particulièrement les services de police et de gendarmerie. Le rapport appelle à l'élaboration d'une stratégie globale de prévention de la corruption s'inscrivant dans la durée et se déclinant en plans d'action. S'il existe un Code de déontologie commun aux deux corps, ce qui est un point positif, le rapport considère que sa version annotée devrait être développée sur les questions d'intégrité (les conflits d'intérêts, les cadeaux, les contacts avec des tiers, les activités extérieures, le traitement des informations confidentielles, etc.) et contenir des exemples concrets proches du quotidien des agents des services répressifs. Par ailleurs, des contrôles de sécurité devraient être assurés non seulement à l'entrée en fonction des nouveaux agents mais aussi tout au long de leur carrière, prenant ainsi en compte l'évolution de leur situation personnelle qui peut les rendre plus vulnérables aux risques de corruption. Dans les secteurs les plus exposés aux risques de corruption (courses et jeux), un système de rotation des personnels devrait être mis en place.

Le rapport salue l'introduction d'une législation sur les lanceurs

d'alerte, mais sa mise en œuvre se révèle complexe et peu efficace, notamment la mise en place d'un système de paliers successifs de signalements à différentes instances, ce qui restreint considérablement la protection offerte à ceux qui peuvent prétendre à ce type de protection. Le GRECO considère que le système mis en place devrait être révisé et que la formation à la protection des lanceurs d'alerte devrait être renforcée, notamment au sein des services répressifs.

LANCEURS D'ALERTE – DIRECTIVE DE L'UNION EUROPÉENNE – 23 OCTOBRE 2019

La directive de l'Union européenne adoptée le 23 octobre 2019 est relative à la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union, désignées dans le corps de la directive comme des « lanceurs d'alerte ».

Des personnes travaillant ou en contact avec des organisations publiques ou privées sont souvent informées de menaces ou d'atteintes à l'ordre public. Il convient d'améliorer leur protection, afin qu'elles ne craignent pas les représailles et qu'elles permettent la détection des infractions ou les enquêtes et les poursuites les concernant. Cela se traduit par une unification des règles au niveau européen afin de garantir des règles de protection minimale et ne doit pas être conditionné à la qualification juridique interne. Sont visés particulièrement les domaines liés à la protection des intérêts financiers de l'Union, comprenant la fraude, la corruption ou les distorsions de concurrence, mais aussi plus largement la sécurité des produits ou des transports, la protection de l'environnement, la sûreté nucléaire, la sécurité alimentaire, dans toute la chaîne d'alimentation, y compris des animaux, la protection de la santé publique et des consommateurs, le respect de la vie privée et la

protection des données à caractère personnel. La fraude à l'impôt sur les sociétés peut être incluse dans ce dispositif, mais cela ne représente pas une harmonisation en matière fiscale. En revanche, les dispositions sont applicables aux dispositifs de prévention du blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme.

En revanche, certains secrets sont exclus du champ d'application de la directive. La sécurité nationale continue de relever de la seule compétence des États membres, y compris lorsqu'il s'agit de marchés publics touchant à la défense ou à la sécurité. Sont aussi protégées les informations classifiées protégées contre tout accès non autorisé, ainsi que les communications entre les avocats et leurs clients ou entre les prestataires des soins de santé et leurs patients. Certaines personnes sont exclues de la protection accordée aux lanceurs d'alerte. Les individus qui sont devenus des « informateurs » des autorités en échange d'une récompense ou d'une indemnisation relèvent d'une protection spécifique prévue par les procédures particulières. Mais la protection est limitée aux auteurs de signalements qui avaient des « motifs raisonnables de croire, à la lumière des circonstances et des informations dont ils disposent au moment du signalement, que les faits qu'ils signalent sont véridiques ». Cela exclut les personnes effectuant des signalements « malveillants, fantaisistes ou abusifs », mais pas les signalements erronés, alors qu'il y avait des motifs raisonnables de croire à des violations ou des menaces.

La directive privilégie les procédures de signalement en interne, plus facile à mettre en œuvre pour son auteur et s'adressant à la personne qui est la mieux placée pour le traiter et le faire cesser en suggérant la mise en place de procédures et d'organes spécifiques pour les entreprises de plus de 50 travailleurs. Les États doivent clairement désigner les autorités compétentes pour traiter les signalements. Mais dans certaines hypothèses, un signalement

public est nécessaire et il doit s'effectuer « en tenant compte des principes démocratiques, tels que la transparence et l'obligation de rendre des comptes, et des droits fondamentaux, comme la liberté d'expression et la liberté et le pluralisme des médias, tout en mettant en balance, d'une part, l'intérêt des employeurs à gérer leurs organisations et à protéger leurs intérêts et, d'autre part, l'intérêt du public à être protégé contre tout préjudice, conformément aux critères élaborés par la jurisprudence de la CEDH. La directive souligne l'importance du « rôle de "sentinelle" du journalisme d'investigation dans les sociétés démocratiques ».

Des mesures spécifiques quant à l'anonymat des signalements et leur confidentialité, la protection des « travailleurs » au sens large, sont prévues. Elles visent les auteurs ou les « facilitateurs » d'éventuelles « représailles », définies largement comme « tout acte ou omission intervenant dans un contexte professionnel et causant un préjudice » au moyen de sanctions de nature civile, administrative ou même pénale.

La directive produira des effets sur le droit pénal, plus particulièrement sur les règles de forme. Dans ce sens, elle prévoit « sous certaines conditions, une exonération limitée de la responsabilité, y compris de la responsabilité pénale, en cas de violation de la confidentialité, elle ne devrait pas porter atteinte aux règles nationales en matière de procédure pénale, en particulier celles visant à préserver l'intégrité des enquêtes et des procédures ou les droits de la défense des personnes concernées. Cela devrait être sans préjudice de l'introduction de mesures de protection dans d'autres types de droit procédural national, en particulier le renversement de la charge de la preuve dans les procédures nationales en matière administrative, civile, ou de travail ».

En ce qui concerne la responsabilité de l'auteur du signalement, la directive prévoit une immunité en droit civil, droit administratif ou

droit du travail pour la violation de toute clause contractuelle. Mais deux limites sont posées. La première concerne la responsabilité pénale. « Si les auteurs de signalement ont obtenu les informations ou documents concernés ou y ont eu accès en commettant une infraction pénale, telle qu'une atteinte physique aux droits de propriété ou un piratage informatique, leur responsabilité pénale devrait demeurer régie par le droit national applicable, sans préjudice de la protection accordée en vertu de l'article 21, paragraphe 7, de la présente directive ». De même, tout comportement qui ne serait pas lié à un signalement entrant dans le cadre de la directive, ou qui ne serait pas nécessaire, se trouve exclu de son champ d'application.

La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a introduit l'article 122-9 dans le Code pénal. Il contient une nouvelle cause d'irresponsabilité accordée aux lanceurs d'alerte. Il dispose « N'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ». La loi correspond à la plupart des critères énoncés par la directive européenne, mais il faut attendre l'examen détaillé pour savoir si certaines modifications légères sont nécessaires, le dispositif global français semblant adapté.

VIOLENCES FAMILIALES

Loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille

Engagement fort du Président de la République et du Gouvernement, la lutte contre les violences conjugales et familiales fait partie des priorités de la politique criminelle du quinquennat. La loi du 28 décembre 2019 opère des modifications en droit civil et en droit pénal afin de permettre aux autorités de lutter plus efficacement contre ce type de délinquance.

La loi introduit un nouvel article 515-11-1 dans le Code civil. En vertu de ce dernier, le juge aux affaires familiales peut ordonner, après avoir recueilli le consentement des deux parties, le port par chacune d'elles d'un dispositif électronique mobile anti-rapprochement permettant à tout moment de signaler que la partie défenderesse se trouve à moins d'une certaine distance de la partie demanderesse, fixée par l'ordonnance. Le dispositif anti-rapprochement est introduit dans le Code pénal au sein des modalités pouvant être imposées aux personnes soumises au sursis probatoire (article 132-45 18°) ou au contrôle judiciaire (article 138, al.2). Le nouvel article 132-45-1 du Code pénal prévoit, qu'en cas d'infraction punie d'au moins trois ans d'emprisonnement commise contre son actuel ou ancien conjoint, concubin ou partenaire lié par un pacte civil de solidarité, y compris lorsqu'ils ne cohabitent pas, la juridiction peut, à la demande ou avec le consentement exprès de la victime, qui peut être recueilli par tout moyen, interdire au condamné de se rapprocher de la victime à moins d'une certaine distance fixée par la décision et, « afin d'assurer le respect de cette interdiction, astreindre le condamné au port, pendant toute la

durée de la mesure, d'un bracelet intégrant un émetteur permettant à tout moment de déterminer à distance sa localisation sur l'ensemble du territoire national et permettant de déterminer s'il s'approche de la victime à qui a été attribué un dispositif électronique permettant également de déterminer sa localisation ». Le condamné est avisé que la pose du bracelet ne peut être effectuée sans son consentement mais que le fait de la refuser constitue une violation des obligations qui lui incombent et peut donner lieu à la révocation de la mesure.

L'article 15-3-2 du Code de procédure pénale permet d'informer la victime, lorsqu'elle vient déposer plainte, qu'elle peut bénéficier du dispositif électronique mobile anti-rapprochement dans le cadre des procédures mentionnées précédemment. L'article 41-3-1 du Code de procédure pénale a été modifié pour permettre à la victime de disposer largement d'un dispositif de téléprotection lui permettant d'alerter les autorités publiques et permettant, le cas échéant, sa géolocalisation au moment où elle déclenche l'alerte. Le dispositif est attribué avec l'accord de la victime, en l'absence de cohabitation entre la victime et l'auteur des violences, lorsque ce dernier a fait l'objet d'une interdiction judiciaire d'entrer en contact avec la victime en cas de danger avéré et imminent, lorsque l'auteur des violences est en fuite ou n'a pas encore pu être interpellé.

La loi du 28 décembre 2019 a aggravé les peines applicables en cas de menaces sur conjoint par la modification de l'article 222-18-3 du Code pénal. Elles passent de deux ans d'emprisonnement à trois ans et de 30 000 à 45 000 euros d'amende. En revanche, la peine aggravée pour les menaces de mort (article 222-18) reste inchangée, de sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende.

BRÈVES

INJURE PUBLIQUE EN RAISON DU GENRE

Crim. 7 janvier 2020, n° 19-80796

Une personne a mis en ligne sur son compte Twitter le message suivant : « Transgenres. Les malheureux qui veulent changer de sexe sont des vicieux et des malades qui relèvent de la psychiatrie ». Poursuivi pour injure publique en raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre, il a été condamné par le tribunal correctionnel, condamnation confirmée par la cour d'appel. Il forme un pourvoi en appel pour contester la qualification pénale pour l'emploi de termes médicaux, n'ayant pas de caractère injurieux.

La Cour de cassation rejette le pourvoi en reprenant les considérations des juges du fond ayant estimé que « le propos vise bien un groupe de personnes à raison de leur orientation sexuelle ou leur identité de genre et que, si les qualificatifs de "malheureux" ou "malades qui relèvent de la psychiatrie" en ce qu'ils font référence au malheur ou à la maladie – physique ou mentale – ne peuvent être considérés comme outrageants ou méprisants, il en va autrement du terme "vicieux", outrageant en ce qu'il signifie dépravé, immoral, pervers et se dit de personnes ayant un comportement réprouvé par le sentiment moral collectif ». Les explications de contextualisation de ce message ne sont pas de nature à modifier cette appréciation. Le message a le caractère outrageant à l'égard des personnes transgenres, qu'il atteint dans leur identité de genre.

La qualification pénale repose sur les incriminations contenues dans la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse, dans sa

rédaction issue de la loi du 27 juillet 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté. Cette loi a modifié le champ d'application des infractions de diffamation, d'injure ou de discrimination et vise l'identité de genre aux côtés de l'identité sexuelle. Les motifs de discrimination liés à la race, l'ethnie ou la religion s'ouvrent ainsi très largement aux éléments de l'identité sexuelle de la personne. L'arrêt du 7 janvier 2020 est la première application de l'injure aux personnes transgenres.

Cette modification avait été contestée lors de son introduction. Le Conseil constitutionnel l'a validée dans sa décision du 26 janvier 2017, n° 2016-745 DC, en considérant que les termes utilisés par le législateur « sont suffisamment clairs et précis pour respecter le principe de légalité », en ce qu'il a entendu « viser le genre auquel s'identifie une personne, qu'il corresponde ou non au sexe indiqué sur les registres de l'état civil ou aux différentes expressions de l'appartenance au sexe masculin ou au sexe féminin ».

DROIT DE LA PEINE – RÉHABILITATION JUDICIAIRE

Crim. 7 août 2019, n° 19-80.839, Crim. 7 janvier 2020, n° 19-80.839, publ. Bull.

La réhabilitation judiciaire permet à une personne condamnée de recouvrer l'ensemble de ses droits et permet l'effacement du casier judiciaire d'une condamnation à une peine criminelle, correctionnelle ou contraventionnelle. Elle efface toutes les incapacités et déchéances qui résultent de cette condamnation, même si elle n'empêche pas les juges de prendre en compte la condamnation dans le cadre de la récidive légale. Elle efface les condamnations des bulletins n° 2 et 3 du casier judiciaire et même du bulletin n° 1. Elle peut être acquise de plein droit dans les

conditions de l'article 133-3 du Code pénal ou être demandée par la voie judiciaire.

Les articles 785 à 789 du Code de procédure pénale définissent les conditions dans lesquelles la réhabilitation judiciaire peut être prononcée par le juge pénal. Elle peut être demandée par la personne elle-même de son vivant ou par ses ascendants, descendants ou conjoints dans l'année suivant son décès. La demande est ouverte après un délai qui dépend de la sanction pénale prononcée à l'encontre de la personne ou de l'état de récidive. Le condamné doit justifier du paiement de l'amende et des dommages-intérêts. Toutes ces conditions peuvent ne pas être remplies si l'intéressé a rendu des services éminents au pays. Les articles 790 et suivants détaillent la procédure qui doit être suivie.

Par un arrêt du 7 août 2019, la Chambre criminelle refuse de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité sur la réhabilitation judiciaire. La QPC considérait que le dispositif prévu dans le Code de procédure pénale méconnaissait « le droit constitutionnel à la réinsertion », ainsi que le principe de nécessité et proportionnalité de la peine, le droit à la vie privée ainsi que l'égal accès aux emplois de la fonction publique. La Chambre criminelle note que le Conseil constitutionnel s'est déjà prononcé partiellement sur la constitutionnalité de la réhabilitation judiciaire (la décision du Conseil constitutionnel n° 2015-501 QPC du 27 novembre 2015) et a considéré qu'il n'y pas de droit constitutionnel à la réinsertion, qui est un simple objectif d'intérêt général. La Cour de cassation refuse sa transmission pour manque de sérieux, car les conditions légales prévues permettent au juge d'exercer son office et « d'apprécier, au regard de la nature et de la gravité de l'ensemble des condamnations concernées par la demande, si le comportement du demandeur pendant le délai d'épreuve doit conduire au prononcé de la mesure sollicitée afin de

permettre l'effacement de condamnations dont le maintien ne serait plus nécessaire et proportionné, ce qui exclut tout risque d'arbitraire ».

Par un arrêt du 7 janvier 2020, la Chambre criminelle accueille le pourvoi formé contre l'arrêt de la chambre de l'instruction qui refusait la réhabilitation judiciaire à une personne condamnée pour outrage à deux mois d'emprisonnement avec sursis. La chambre de l'instruction a justifié sa demande, car le demandeur faisait valoir son désir de rentrer dans la magistrature pour motiver sa demande de réhabilitation judiciaire. « Compte tenu de la nature des infractions d'outrages envers personne dépositaire de l'autorité publique et personne chargée d'une mission de service public, il n'apparaît pas opportun de faire droit à la demande ». La Chambre criminelle casse l'arrêt, car le refus se fonde exclusivement sur la nature des faits qui avaient fondé la condamnation, sans apprécier « le comportement de l'intéressé pendant le délai d'épreuve ». Or, les articles 786 à 789 imposent de tenir compte, à la fois, de la gravité des faits commis et du comportement de l'intéressé pendant la durée d'épreuve. C'est notamment ce dernier facteur qui peut montrer que l'effacement des condamnations est pertinent, car leur maintien n'est plus « nécessaire et proportionné ». Or, l'intéressé avait démontré qu'il avait payé les amendes, indemnisé les victimes et poursuivi de brillantes études supérieures. Il semble ainsi se conformer à l'esprit de la réhabilitation judiciaire qui a été conçue, comme le formule à juste titre le pourvoi, comme une « mesure de bienveillance instituée par la loi en faveur des individus qui, après avoir été condamnés et avoir subi leur peine, se sont rendus dignes, par les gages d'amendement qu'ils ont donnés pendant le délai d'épreuve, d'être replacés dans l'intégrité de leur état ancien ». Les juges du fond devaient donc examiner objectivement si l'intéressé s'était rendu digne de ce signe de confiance et ne pas camper sur la

prise en compte des faits commis.

DROIT PÉNAL DES MINEURS – EFFACEMENT DU CASIER

Crim. 7 janvier 2020, n° 19-80.058, publ. Bull.

Un mineur a été condamné par le tribunal des enfants, le 8 décembre 2009, à la peine de deux ans d'emprisonnement assortie de sursis avec mise à l'épreuve pour des faits de violence et vol aggravé commis alors qu'il était âgé de 13 ans. Il a déposé une requête le 24 mai 2018 en vue de la suppression de la fiche de son casier concernant cette condamnation. Le Tribunal pour enfants rejette sa demande « au vu des éléments du dossier ». La Cour de cassation casse la décision au double visa des articles 770 et 593 du Code de procédure pénale. Le second texte porte l'obligation de motivation, alors que le premier dispose « lorsque, à la suite d'une décision prise à l'égard d'un mineur de dix-huit ans, la rééducation de ce mineur apparaît comme acquise, le tribunal pour enfants peut, après l'expiration d'un délai de trois ans à compter de ladite décision et même si le mineur a atteint sa majorité, décider, à sa requête, à celle du ministère public ou d'office, la suppression du casier judiciaire de la fiche concernant la décision dont il s'agit ». En s'abstenant d'examiner « les éléments produits par le requérant au soutien de sa requête faisant valoir qu'au vu de son parcours scolaire et de son insertion professionnelle, sa rééducation apparaît acquise », le tribunal a violé les textes.

L'effacement facultatif du casier des mineurs rappelle la primauté de l'éducatif sur le répressif en matière de droit pénal des mineurs et permet de « purger » la mémoire sociale des condamnations afin de leur permettre une meilleure réinsertion dans la société. L'ordonnance du 11 septembre 2019 modifiant substantiellement le

droit pénal des mineurs modifie le texte. L'article 770 du Code de procédure pénale prévoit, à partir du 1^{er} octobre 2020, que « le retrait du casier judiciaire d'une décision concernant un mineur peut être décidé dans les conditions prévues à l'article L. 631-4 du code de la justice des mineurs ». Ce dernier reprend, en grande partie, l'ancien dispositif, en l'élargissant : « lorsque, à la suite d'une décision prise à l'égard d'un mineur, la rééducation de ce mineur apparaît comme acquise, le tribunal pour enfants peut, après l'expiration d'un délai de trois ans à compter de ladite décision et même si le mineur a atteint sa majorité, décider, à sa requête, à celle du ministère public ou d'office, le retrait du casier judiciaire de la décision dont il s'agit ». Encore une fois, en l'absence d'éléments défavorables, la rééducation du mineur doit être tenue pour acquise et conduit à l'effacement du casier judiciaire.

LOYAUTÉ DE LA PREUVE – STRATAGÈME

Crim. 7 janvier 2020, n° 19-84.246, publ. Bull.

Après la commission d'un vol avec arme, un individu a été identifié sur des enregistrements de vidéosurveillance pour avoir suivi les victimes jusqu'à leur domicile deux jours avant les faits. À la demande de leur hiérarchie, des gendarmes d'une section de recherches, qui n'était pas saisie de l'enquête, ont pris contact avec leurs informateurs. Sollicité dans ce cadre, l'individu identifié leur a fourni des renseignements qui étaient susceptibles de l'impliquer dans les faits. Après le rendez-vous pendant lequel ils ont obtenu ces informations, les gendarmes ont retranscrit sur un procès-verbal les informations obtenues. Placé en garde à vue, il a nié toute implication, mais a été mis en examen du chef de vol aggravé avec arme et commis en bande organisée. Son avocat a notamment

demandé l'annulation du procès-verbal sur lequel figuraient les informations obtenues lors du rendez-vous pris avec les gendarmes, demande rejetée par la cour d'appel.

D'une part, le pourvoi critique le fait que le procès-verbal ne révèle pas le nom et le prénom des agents l'ayant rédigé. Si la loi pénale admet l'anonymat des pièces produites dans la procédure, c'est à la condition que la révélation de l'identité de l'auteur mette en danger sa vie, son intégrité physique ou celles de ses proches, ce qui n'était nullement le cas en l'espèce. La Chambre criminelle rejette ce moyen en considérant que les gendarmes ayant rédigé le procès-verbal se sont identifiés en apposant leur matricule et en signant le document, ce qui est parfaitement admis par les articles 15-4 et D9 et D10 du Code de procédure pénale. L'apposition des noms et prénoms des personnes rédigeant le procès-verbal n'est pas obligatoire, puisque l'identification à travers d'autres moyens, comme le matricule, reste possible.

D'autre part, le fait que des officiers de police judiciaire invitent une personne à s'exprimer sur une affaire dans laquelle elle est soupçonnée ne constitue pas un stratagème violant le droit au procès équitable et à la loyauté des preuves puisqu'il prive la personne de son droit de se taire et de ne pas s'incriminer soi-même. La Cour de cassation approuve les juges d'instruction qui ont écarté les critiques de déloyauté, car les gendarmes ont invité la personne soupçonnée à se présenter au rendez-vous, mais n'ont exercé aucune contrainte et ne lui ont posé aucune question. Puisqu'il a accepté de se présenter spontanément à ce rendez-vous et qu'il a donné librement des renseignements, les gendarmes pouvaient les consigner librement dans des procès-verbaux ne contenant aucune audition, ni interrogation. Il est intéressant de remarquer que la Chambre criminelle propose une définition du stratagème interdit par le principe de loyauté de la preuve qui consisterait en des

éléments recueillis « contre le gré de l'intéressé ou à son insu ».

ENQUÊTE DE POLICE – RÉQUISITIONS - INTERDICTION DES AUTORISATIONS GÉNÉRALES ET PERMANENTES DU PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE

Crim. 17 déc. 2019, n° 19-83574, publ. Bull.

Les articles 75 et suivants du Code de procédure pénale prévoient que les officiers de police judiciaire et, sous le contrôle de ceux-ci, les agents de police judiciaire désignés par l'article 20 du même Code, procèdent à des enquêtes préliminaires, soit sur les instructions du procureur de la République, soit d'office. Dans ce cadre, ils peuvent faire recours à toute personne qualifiée pour effectuer des constatations ou à des examens techniques ou scientifiques.

En l'espèce, à la suite d'un vol à main armée commis au préjudice d'une bijouterie par deux hommes, masqués, gantés et porteurs chacun d'une arme de poing, plusieurs mesures de police technique et scientifique, dont le prélèvement par écouvillonnage de traces de sang découvertes sur les lieux, ont été effectuées dans le cadre d'une enquête de flagrance. L'enquête de police s'est poursuivie en préliminaire et un officier de police judiciaire a demandé un rapprochement entre les prélèvements biologiques et le profil génétique, conformément à des instructions permanentes du procureur de la République, antérieures à la commission de l'infraction. Une information a été ouverte sur ces faits, permettant l'interpellation de l'individu qui a été mis en examen pour vol à main armée et placé en détention provisoire. Il a présenté une requête aux fins d'annulation de pièces de la procédure qui a été rejetée par la chambre de l'instruction. Les juges ont estimé que le Parquet a

ainsi exercé son pouvoir de direction des enquêtes préliminaires diligentées par les officiers de police judiciaire puisque le procureur de la République a, par instruction permanente, expressément autorisé les enquêteurs « à requérir l'INPS [Institut national de police scientifique] ou l'IRCGN [Institut de recherche criminelle de la gendarmerie nationale] aux fins d'analyse des prélèvements effectués sur une scène d'infraction, un objet ou une victime, et de comparaison avec les données du FNAEG [Fichier national automatisé des empreintes génétiques] aux fins de confirmation des rapprochements réalisés par le FNAEG ». Cela permet de retirer toute marge d'appréciation aux enquêteurs dans une telle situation. La Chambre criminelle casse l'arrêt, se fondant sur l'article 77-1 du Code de procédure pénale et en rappelant le principe d'interdiction des autorisations générales et permanentes préalables dans le cadre des enquêtes de police. « L'autorisation donnée par le procureur de la République aux officiers de police judiciaire de faire procéder à des examens techniques ou scientifiques doit être donnée dans le cadre de la procédure d'enquête préliminaire en cours ». En effet, c'est le seul moyen de garantir « la direction effective des enquêtes préliminaires par le procureur de la République ».

Il convient de souligner la différence entre l'article 77-1 du Code de procédure pénale qui exige, dans le cadre de l'enquête préliminaire, l'autorisation préalable expresse du Procureur de la République et l'article 60 qui permet à l'officier de police judiciaire d'avoir recours à toute personne qualifiée, de sa propre initiative, dans le cadre de l'enquête de flagrance. Cette distinction s'applique à d'autres actes d'enquête comme les prélèvements externes (article 76) ou les réquisitions en vue du recueil d'informations auprès de toute personne (article 77-1-1). Encore une fois, le cadre particulier de la flagrance, en raison de l'urgence de la situation, permet d'élargir les

pouvoirs reconnus aux enquêteurs, alors que dans le cadre de l'enquête préliminaire, le procureur de la République doit effectuer un contrôle plus étroit, en tant que garant de la liberté individuelle, compte tenu de sa qualité de magistrat et de représentant de l'autorité judiciaire, même si cette dernière est encore contestée par certains membres de la doctrine. Si le principe de direction de l'enquête de police par le procureur est posé à l'article 39 du Code de procédure pénale, ce texte lui reconnaît la possibilité d'adresser « des instructions générales ou particulières aux enquêteurs » dans le cadre de son pouvoir de direction de la police judiciaire. L'article précise l'étendue de ses obligations, car il « contrôle la légalité des moyens mis en œuvre par ces derniers, la proportionnalité des actes d'investigation au regard de la nature et de la gravité des faits, l'orientation donnée à l'enquête ainsi que la qualité de celle-ci ». Le contrôle de proportionnalité ne peut être opéré qu'en tenant compte des actes d'investigation précis envisagés dans une affaire par rapport aux faits commis. Dans ce cas, une autorisation générale se trouve exclue, car elle ne permet pas au procureur de mettre en balance les divers intérêts. La Cour de cassation rappelle la philosophie de ce contrôle et semble donner une portée générale à son arrêt en exigeant du procureur qu'il exerce « la direction effective » des enquêtes de police. Cette même interdiction des autorisations générales et permanentes s'applique aux autres actes nécessitant l'autorisation du procureur dans le cadre de l'enquête préliminaire.

MARS 2020



CREOGN
CENTRE DE RECHERCHE
DE L'ÉCOLE DES OFFICIERS DE LA GENDARMERIE NATIONALE

**LOI N° 2019-222 23 – MARS 2019 – LA RÉFORME DES
PEINES**

La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la Justice contient un volet important de réforme du droit de la peine qui entre en vigueur le 24 mars 2020. Ce changement important a été doublement justifié. D'une part, un regard rétrospectif permet de constater que le droit de la peine, abondamment modifié par des lois diverses et éparses, ne présentait plus de cohérence et était devenu un maquis dans lequel justiciables et juges s'égarèrent. D'autre part, un regard prospectif recherche une plus grande efficacité de la répression afin de la faire accepter par les coupables, ainsi que par l'ensemble des citoyens, et de lui donner ou redonner « sens ». Inspiré par de nombreuses réflexions, souvent initiées et soutenues par les pouvoirs publics (notamment le rapport Cotte « Pour une refonte du droit des peines », remis en décembre 2015, et le rapport Cotte et Minkowski « Sens et efficacité des peines »), le Titre V de la loi du 23 mars 2019 s'intitule « Renforcer l'efficacité et le sens de la peine ». Son importance et sa difficulté avaient été soulignées par Madame Nicole Belloubet, garde des Sceaux en charge de la réforme. Globalement, la philosophie de la réforme s'inscrit dans le fil de la loi du 15 août 2014 pour une meilleure individualisation des peines en favorisant la réinsertion des délinquants par le développement des peines de substitution aux courtes peines d'emprisonnement. La loi du 23 mars 2019 a profondément modifié la philosophie et la procédure d'application et d'exécution des peines. C'est la raison pour laquelle la plupart des dispositions entrent en vigueur un an après la publication de la loi, donc le 24 mars 2020.

L'article 131-3 du Code pénal énumère les peines correctionnelles

dans un ordre décroissant de gravité : l'emprisonnement, la détention à domicile sous surveillance électronique, le travail d'intérêt général, l'amende, le jour-amende, les peines de stage, les peines privatives et restrictives de liberté prévues à l'article 131-6, la sanction-réparation.

1. L'emprisonnement

L'emprisonnement reste la peine de référence, notamment du point de vue de la classification tripartite, mais ses modalités de prononcé et d'exécution sont précisées. « Cet emprisonnement peut faire l'objet d'un sursis, d'un sursis probatoire ou d'un aménagement conformément aux dispositions du chapitre II ». L'échelle de l'emprisonnement reste inchangée de deux mois à dix ans, avec huit degrés. Il peut être assorti de sursis, ce qui constitue le droit commun en matière correctionnelle, les juges devant motiver le choix des peines d'emprisonnement fermes. L'article 132-19 est remanié pour renforcer et clarifier le rôle du sursis. Si la juridiction peut toujours prononcer une peine d'emprisonnement ferme ou assortie en partie ou en totalité du sursis pour une durée inférieure à celle qui est encourue, il lui est fait interdiction dorénavant de prononcer une peine d'emprisonnement ferme d'une durée inférieure ou égale à un mois. La loi introduit ainsi une peine plancher, à l'instar de législations étrangères, mais recourant à une technique de contrainte et de limite au pouvoir d'individualisation judiciaire de la peine, sans que cela constitue une méconnaissance des principes constitutionnels, selon la décision n° 2019-778 du Conseil constitutionnel du 21 mars 2019.

Le sursis reste la modalité de droit commun et l'incarcération l'ultime recours qu'il convient de justifier, à la fois, *in abstracto*, par rapport aux autres peines encourues et, *in concreto*, par rapport

aux circonstances particulières de l'espèce. « Toute peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine indispensable et si toute autre sanction est manifestement inadéquate ». La loi maintient le double critère de l'acte et de la personnalité, combinant ainsi une appréciation objective, fondée sur les circonstances matérielles, et une appréciation subjective tenant compte de la personnalité de l'individu.

L'obligation est renforcée par l'article 464-2 du Code de procédure pénale qui impose au tribunal correctionnel de « spécialement motiver sa décision, au regard des faits de l'espèce et de la personnalité de leur auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, afin de justifier les raisons pour lesquelles il estime devoir prononcer une peine d'emprisonnement sans sursis ». La distinction entre les primo-délinquants et les récidivistes a disparu puisque toutes les références et les limites au pouvoir juridictionnel en matière de récidive ont disparu. Lorsque le sursis est révoqué, en totalité ou en partie, la juridiction peut ordonner, par une décision spéciale et motivée, de faire incarcérer le condamné, conformément à l'article 132-36 du Code pénal.

Si la peine est inférieure ou égale à six mois d'emprisonnement, elle doit être aménagée selon les modalités de l'article 132-25, à savoir, sous le régime de la détention à domicile sous surveillance électronique, de la semi-liberté ou du placement à l'extérieur, sauf impossibilité résultant de la personnalité ou de la situation du condamné.

Dans les cas où la peine est supérieure à six mois mais inférieure à un an, la juridiction doit l'aménager en tout ou partie, sauf en cas d'impossibilité matérielle. Il convient de souligner que si les modalités d'aménagement sont les mêmes (le régime de la

détention à domicile sous surveillance électronique, de la semi-liberté ou du placement à l'extérieur), leurs conditions ne le sont pas. La peine inférieure à six mois est aménagée dans sa totalité, alors que celle d'un an peut l'être en totalité ou en partie. L'article 464-2 du Code de procédure pénale prévoit un aménagement des peines inférieures à un an par le tribunal correctionnel lui-même ou le juge de l'application des peines, sauf en cas de refus expressément motivé. Il peut être remarqué que la loi du 23 mars 2019 est plus sévère de ce point de vue. En effet, avant cette loi, le seuil d'aménagement automatique des peines était de deux ans. En l'abaissant à un an, le législateur a limité l'aménagement automatique *ab initio* des peines, ce qui devrait produire des effets à la fois sur l'exécution des peines, mais aussi sur leur prononcé, car les juges pourraient abaisser leurs exigences afin d'entrer dans le cadre légal d'aménagement automatique des peines. Néanmoins, la procédure est allégée et plus transparente. L'aménagement est prononcé par le tribunal correctionnel, sauf s'il ne dispose pas des éléments nécessaires, auquel cas l'aménagement est prononcé par le juge de l'application des peines. S'il décide de décerner un mandat d'arrêt ou de dépôt, la juridiction doit motiver spécialement sa décision et justifier les raisons pour lesquelles elle choisit de prononcer une peine d'emprisonnement sans sursis. Afin d'améliorer l'effectivité des peines, le tribunal correctionnel peut décider de décerner un mandat de dépôt à effet différé avec convocation devant le procureur de la République dans un délai maximal d'un mois, ce dernier pouvant lui indiquer la date de son incarcération, soit lors de cette convocation, soit lors de l'audience. Le juge peut assortir ce mandat de l'exécution provisoire. Les peines supérieures à un an ne sont pas aménagées.

La peine inférieure à six mois est obligatoirement aménagée, alors

que celle supérieure à six mois et inférieure à un an peut être aménagée en tout ou en partie, selon le régime de la détention à domicile sous surveillance électronique, de la semi-liberté ou du placement à l'extérieur. Le condamné a l'obligation de répondre à toute convocation d'une autorité publique désignée par le juge de l'application des peines.

La détention à domicile sous surveillance électronique peut être ainsi, à la fois, une peine autonome et une modalité d'exécution de la peine, ce qui risque de rendre son régime juridique complexe. La semi-liberté astreint le condamné à rejoindre l'établissement pénitentiaire pendant les périodes déterminées par le juge de l'application des peines qui tient compte, notamment, « du temps nécessaire pour que le condamné puisse exercer une activité professionnelle, suivre un enseignement, un stage, une formation ou un traitement, rechercher un emploi ou participer à la vie de famille ou à tout projet d'insertion ou de réinsertion ».

Le bénéfice du placement à l'extérieur astreint le condamné, sous le contrôle de l'administration, à effectuer des activités ou à faire l'objet d'une prise en charge sanitaire en dehors de l'établissement pénitentiaire.

2. L'obligation de motivation

L'article 132-19, dernier alinéa, reprend l'obligation de motivation spéciale « au regard des faits de l'espèce et de la personnalité de leur auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale conformément aux dispositions de l'article 464-2 du code de procédure pénale ». Mais elle doit être lue à la lumière de la nouvelle obligation de motivation de la peine créée à l'article 485-1 du Code de procédure pénale. « En cas de condamnation, sans préjudice des dispositions prévoyant la motivation spéciale de

certaines peines, notamment des peines non aménagées d'emprisonnement ferme, la motivation doit également 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 ». Une exception est prévue pour les obligations du sursis probatoire qui n'ont pas à être motivées. Si le texte renvoie aux articles relatifs à l'individualisation obligatoire de la peine, la philosophie de la loi s'inspire de la jurisprudence de la Cour de cassation qui a considérablement renforcé les obligations de motivation ces dernières années en matière criminelle, correctionnelle et contraventionnelle et visant toutes les peines, indépendamment de leur nature ou objectif.

3. Le sursis probatoire

La véritable nouveauté vient de la création du sursis probatoire. Le droit pénal français connaissait déjà le sursis avec mise à l'épreuve défini à l'article 132-45. Le juge pouvait imposer spécialement au condamné l'observation d'une ou plusieurs obligations de résidence, de formation, de réparation, d'exercice ou d'interdiction de certaines activités, etc. La loi du 15 août 2014 a créé la peine de contrainte pénale, insérée dans l'article 131-3 au 2°, reprenant à titre autonome une grande partie de ce dispositif. La philosophie de la réforme était de démontrer que la probation était une peine principale, au même titre que l'emprisonnement ou l'amende, élevant la liberté surveillée au même rang de peine que la détention. Sa nature hybride et peu claire, détachée de la déclaration d'intention du législateur, l'a conduite à un échec. Les juridictions ont prononcé peu de contraintes pénales, ce qui a prouvé leur inutilité et leur inefficacité. La loi du 23 mars 2019 tire

les leçons de cet échec. La contrainte pénale, en tant que peine autonome, disparaît. Le sursis probatoire vient se substituer au sursis avec mise à l'épreuve.

L'article 132-45 continue de définir les obligations pouvant être imposées, la liste est allongée à 25 obligations compatibles, à la fois, avec la délinquance de droit commun, la délinquance d'affaires, notamment dans les dernières dispositions ajoutées par la loi du 23 mars 2019. On y a ajouté, notamment, le travail d'intérêt général, les stages, l'injonction de soins, l'obligation de payer ses impôts, de justifier de la tenue d'une comptabilité régulière. La loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille a introduit un 18 bis prévoyant le respect de l'interdiction de se rapprocher d'une victime de violences commises au sein du couple lorsqu'il y a la mise en place d'un dispositif électronique mobile anti-rapprochement. L'article 132-42 définit la durée de cette mesure qui ne peut être inférieure à douze mois ni supérieure à trois ans pour un primo-délinquant. En état de récidive légale, ce délai peut être porté à cinq ans, et à sept ans lorsque la personne se trouve à nouveau en état de récidive légale.

Il convient de souligner que malgré l'usage du vocable de « probation » par les commentateurs, cette réforme ne porte pas sur la création d'une nouvelle peine de probation. Le législateur a choisi de maintenir le sursis probatoire comme modalité d'exécution de la peine. La nuance n'est pas anodine. L'emploi d'une expression à la faveur de l'autre n'est pas neutre. La probation semble désigner une peine autonome à considérer au même rang que l'emprisonnement. Mais cela ne correspond pas au choix de la loi du 23 mars 2019 qui considère que le sursis probatoire peut assortir l'emprisonnement, qui reste la peine de référence, mais peut être individualisé dans son exécution.

Ce statut est consolidé, selon l'article 132-41-1, par la possibilité de

prononcer un sursis probatoire renforcé, « la personnalité et la situation matérielle, familiale et sociale de l'auteur d'un crime ou délit puni d'une peine d'emprisonnement et les faits de l'espèce justifient un accompagnement socio-éducatif individualisé et soutenu » consistant « en un suivi renforcé, pluridisciplinaire et évolutif, faisant l'objet d'évaluations régulières par le service pénitentiaire d'insertion et de probation, afin de prévenir la récidive en favorisant l'insertion ou la réinsertion de la personne au sein de la société ». L'article 741-2 du Code de procédure pénale détaille la procédure à respecter. Le service pénitentiaire d'insertion et de probation évalue, de façon pluridisciplinaire, la personnalité et la situation matérielle, familiale et sociale de la personne condamnée et adresse au juge de l'application des peines (JAP) un rapport comportant des propositions relatives au contenu et aux modalités de mise en œuvre des mesures de contrôle et d'assistance, des obligations et des interdictions. Le JAP détermine les mesures à prendre. Mais cette peine n'est nullement figée. La situation matérielle, familiale et sociale de la personne est réévaluée à chaque fois que nécessaire au cours de l'exécution de la peine, et au moins une fois par an. En fonction de cette réévaluation et après une procédure contradictoire, le JAP peut modifier, supprimer ou compléter les mesures de suivi renforcé. De la même manière, le JAP peut décider soit d'y mettre fin, soit de placer une personne en suivi renforcé, à tout moment de la durée de la probation, s'il estime que la personnalité du condamné le justifie.

4. La détention à domicile sous surveillance électronique

La loi du 23 mars 2019 a créé la détention à domicile sous surveillance électronique (DDSE). Définie à l'article 131-4-1, elle vient se substituer formellement à la contrainte judiciaire. En

premier lieu, elle vient à la deuxième place sur l'échelle des peines correctionnelles, tout de suite après l'emprisonnement. Ensuite, elle est prévue à titre de peine principale. Enfin, elle devient une véritable peine, alors qu'elle était seulement une modalité d'exécution de la peine. Peine autonome, la DDSE peut être prononcée à la place de l'emprisonnement pour une durée comprise entre quinze jours et six mois, sans pouvoir excéder la durée de l'emprisonnement encouru. Elle consiste en l'obligation de demeurer dans son domicile ou tout autre lieu désigné par la juridiction ou le juge de l'application des peines et du port d'un dispositif intégrant un émetteur permettant de vérifier le respect de cette première obligation. « Le condamné n'est autorisé à s'absenter de son domicile pendant des périodes déterminées par la juridiction ou le juge de l'application des peines que pour le temps nécessaire à l'exercice d'une activité professionnelle, au suivi d'un enseignement, d'un stage, d'une formation ou d'un traitement médical, à la recherche d'un emploi, à la participation à la vie de famille ou à tout projet d'insertion ou de réinsertion ». Cependant, la juridiction ne peut ordonner le placement sous surveillance électronique mobile qu'après avoir fait vérifier la faisabilité technique de la mesure et la disponibilité du dispositif technique devant être utilisé.

Cette peine peut se trouver enrichie du dispositif de la probation, puisque les obligations spéciales peuvent être imposées au condamné, en application des articles 132-44 et 132-45. L'objectif de cette peine est de contribuer à l'amendement du condamné en vue d'une meilleure réinsertion. C'est la raison pour laquelle la juridiction peut décider de faire bénéficier le condamné de mesures d'aide ayant pour « objet de seconder ses efforts en vue de son reclassement social ». La violation de cette mesure s'accompagne de sanctions, puisque le juge de l'application des peines peut, « soit

limiter ses autorisations d'absence, soit ordonner son emprisonnement pour la durée de la peine restant à exécuter ».

La peine de DDSE est définie aux articles 713-42 et suivants du Code de procédure pénale, étant maniée à la fois comme promesse d'amélioration et comme menace de sanction.

D'une part, placée sous le contrôle du JAP, ce dernier peut décider d'y mettre fin lorsque « le condamné a satisfait aux mesures, obligations et interdictions qui lui étaient imposées pendant une durée au moins égale à la moitié de la peine prononcée, que son reclassement paraît acquis et qu'aucun suivi ne paraît plus nécessaire ». L'article 723-8 rappelle une garantie importante dans la mise en œuvre de cette peine puisque l'installation du dispositif « ne peut être réalisée sans son consentement, mais que le fait de refuser cette installation constitue une violation des obligations qui lui incombent et peut donner lieu à la mise à exécution de l'emprisonnement ou au retrait de la mesure d'aménagement ».

D'autre part, la DDSE est un statut plus favorable qui peut motiver la personne à se conformer à ses obligations. « En cas d'inobservation des interdictions ou obligations qui lui sont imposées, d'inconduite notoire, de nouvelle condamnation ou de refus par le condamné d'une modification nécessaire des conditions d'exécution, le juge de l'application des peines peut soit limiter ses autorisations d'absence, soit ordonner l'emprisonnement de la personne pour la durée de la peine restant à exécuter. »

5. La peine de stage

La loi du 23 mars 2019 innove en introduisant les « stages » au titre de la peine. Certes, ils n'étaient pas inconnus en droit pénal. L'article 131-5-1 prévoyait, comme peine de substitution, le stage de

citoyenneté, permettant « l'apprentissage des valeurs de la République et des devoirs du citoyen ». De nombreuses dispositions spéciales avaient introduit des stages affectés à divers objectifs, selon le type de délinquance. Le manque de lisibilité rendait leur utilisation très difficile. Dorénavant, l'article 131-5-1 rappelle que le stage est une peine complémentaire ou de substitution et ne doit pas être vu comme unique alternative à la détention. Si le stage ne peut excéder un mois, le juge a une grande liberté dans la détermination de sa nature, de ses modalités et de son contenu. Il est effectué aux frais du condamné, mais son coût ne devrait pas excéder le montant d'une amende de troisième classe, soit 450 euros. Le texte recense sept types de stages qui sont déterminés selon la nature du délit et les circonstances dans lesquelles il a été commis :

- le stage de citoyenneté ;
- le stage de sensibilisation à la sécurité routière ;
- le stage de sensibilisation à l'usage de produits stupéfiants ;
- le stage de responsabilisation pour la prévention et la lutte contre les violences au sein du couple et sexistes ;
- le stage de sensibilisation à la lutte contre l'achat d'actes sexuels ;
 - le stage de responsabilité parentale ;
 - le stage de lutte contre le sexisme et de sensibilisation à l'égalité entre les femmes et les hommes.

Il convient de saluer l'unification des textes épars sur les stages au sein d'un article de référence unique. Le juge pourra plus facilement mobiliser les stages, qu'ils viennent en substitution ou en complément de l'emprisonnement.

6. Le travail d'intérêt général

La loi du 23 mars 2019 a modifié le travail d'intérêt général (TIG) dans le sens d'un élargissement. Peine de substitution par excellence de l'emprisonnement, le TIG connaît un grand intérêt théorique et pratique, mais est insuffisamment mis en œuvre. Pour accentuer son importance au sein des peines, il arrive en troisième position au sein des peines correctionnelles, son champ d'application est étendu en contrepartie d'un renforcement de son caractère. Le condamné accomplit pour une durée de vingt à quatre cents heures, au lieu des 280 heures auparavant, « un travail d'intérêt général non rémunéré au profit soit d'une personne morale de droit public, soit d'une personne morale de droit privé chargée d'une mission de service public ou d'une association habilitées à mettre en œuvre des travaux d'intérêt général ». À titre expérimental pour trois ans, le TIG peut être effectué au profit d'une personne morale de droit privé relative à l'économie sociale et solidaire et poursuivant un but d'utilité sociale ou d'une société dont les statuts définissent une mission qui assigne à la société la poursuite d'objectifs sociaux et environnementaux, dans un certain nombre de départements. Cela permettrait de plus et mieux appliquer cette sanction, car elle peut être limitée par l'offre insuffisante de missions à accomplir.

Normalement, le TIG est une sanction consensuelle qui doit nécessairement être acceptée par le condamné, sous peine de constituer une violation de l'article 4 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales qui interdit le travail forcé. C'est la raison pour laquelle la présence du prévenu à l'audience est requise, puisque « le président du tribunal, avant le prononcé du jugement, informe le prévenu de son droit de refuser l'accomplissement d'un travail d'intérêt général et

reçoit sa réponse ». Dorénavant, la peine peut être prononcée hors de sa présence dans deux cas. D'une part, lorsqu'il est représenté par son avocat, il peut faire connaître son accord par écrit. D'autre part, la loi du 23 mars 2019 prévoit que le TIG peut être prononcé même lorsque le prévenu n'est pas présent à l'audience et n'a pas fait connaître son accord, si la juridiction constate une violation d'une obligation prononcée préalablement dans le cadre d'une peine, selon la procédure prévue à l'article 131-9, alinéa 2. Dans ce cas, « avant la mise à exécution de la peine de travail d'intérêt général, le juge de l'application des peines informe le condamné de son droit de refuser l'accomplissement d'un travail et reçoit sa réponse ». « En cas de refus, tout ou partie de l'emprisonnement ou de l'amende fixée par la juridiction peut être mis à exécution, dans les conditions prévues à l'article 712-6 du code de procédure pénale, sous réserve, s'il y a lieu, des possibilités d'aménagement ou de conversion ». En revanche, la loi ne reprend pas la possibilité de l'accord écrit en cas de représentation par avocat prévue devant le tribunal correctionnel¹.

7. Le dossier de personnalité

La loi du 23 mars 2019 réécrit l'article 132-70-1 du Code pénal afin de renforcer l'individualisation de la peine et d'éviter les courtes peines d'emprisonnement. À ce titre, elle encourage les enquêtes

¹. À noter que le TIG bénéficie d'une meilleure visibilité depuis la création en décembre 2018 et la montée en puissance de l'agence nationale du TIG et le développement de partenariats institutionnels ou de partenariats avec des entreprises ou associations (une trentaine de partenariats ont été signés par la garde des Sceaux le 12 novembre 2019 pour l'accueil de TIG au sein de nouvelles structures, publiques ou privées. La gendarmerie nationale fait partie des partenaires institutionnels du TIG). Ces partenariats permettront aux magistrats d'utiliser davantage la peine de TIG.

de personnalité en disposant « la juridiction peut ajourner le prononcé de la peine à l'égard d'une personne physique lorsqu'il apparaît opportun d'ordonner à son égard des investigations, le cas échéant complémentaires, sur sa personnalité ou sa situation matérielle, familiale et sociale de nature à permettre le prononcé d'une peine adaptée ». Ces investigations opportunes, alors qu'auparavant, elles devaient être nécessaires, peuvent être confiées au service pénitentiaire d'insertion et de probation ou à une personne morale habilitée. Mais surtout, il n'y a pas de rupture dans la prise en charge de la personne, sans que cela se traduise nécessairement par une incarcération, puisque « dans ce cas, la juridiction fixe dans sa décision la date à laquelle il sera statué sur la peine et ordonne, s'il y a lieu, le placement de la personne jusqu'à cette date sous contrôle judiciaire, sous assignation à résidence avec surveillance électronique ou, si celle-ci comparait détenue ou selon la procédure de comparution immédiate, en détention provisoire ». La décision sur la peine intervient au plus tard dans un délai de quatre mois après la décision d'ajournement, pouvant être prolongé une fois, sous réserve des délais plus courts lorsque la personne est en détention provisoire. C'est la raison pour laquelle la loi modifie aussi l'article 41 du Code de procédure pénale afin d'élargir le domaine des enquêtes de personnalité et renforce leur caractère en les rendant obligatoires. En même temps, la loi crée, à titre expérimental, un répertoire des dossiers uniques de personnalité qui « centralise les rapports, expertises et évaluations relatifs à la personnalité et à la situation matérielle, familiale et sociale des personnes » majeures faisant l'objet d'une enquête de police judiciaire, d'une information judiciaire ou de l'exécution d'une peine pour des faits punis d'une peine d'emprisonnement de trois ans. Cela permet de mutualiser et partager ces informations entre l'autorité judiciaire et les services d'insertion et de probation, pour

« faciliter la prise de décision par l'autorité judiciaire, pour améliorer la qualité de la prise en charge de ces personnes et pour prévenir le renouvellement des infractions ». Le dispositif mis en œuvre présente un double intérêt. D'une part, il permet d'élargir le dossier de personnalité à toutes les personnes, quel que soit le stade de la procédure pénale. D'autre part, la centralisation permet de l'exploiter de manière plus efficace. Les données sont immédiatement effacées en cas de décision de classement sans suite ou de décision définitive de non-lieu, relaxe ou acquittement.

La peine du jour-amende est restée inchangée et consiste à verser au Trésor une somme dont le montant global résulte de la fixation par le juge d'une contribution quotidienne pendant un certain nombre de jours, selon les ressources et les charges du prévenu, sans pouvoir excéder 1 000 euros ni 365 jours. De la même manière, les peines privatives ou restrictives de liberté de l'article 131-6 peuvent être prononcées à la place de l'emprisonnement ou de l'amende, si le délit est réprimé exclusivement de ce dernier type de peine. La sanction-réparation créée par la loi du 5 mars 2007 est restée stable aussi.

8. La libération sous contrainte

La libération sous contrainte, instaurée par la loi du 15 août 2014, a été modifiée par la loi du 23 mars 2019. Le dispositif a été conçu pour s'appliquer aux personnes condamnées exécutant une ou plusieurs peines privatives de liberté d'une durée totale inférieure ou égale à cinq ans « lorsque la durée de la peine accomplie est au moins égale au double de la durée de la peine restant à subir ». Dans ce cas, le JAP a obligation d'examiner la situation et il peut décider de l'accorder, après avis de la commission d'application des peines,

en déterminant la mesure qui lui semble « la mieux adaptée à la situation du condamné ». S'il décide de la refuser, il doit se prononcer par ordonnance spécialement motivée. La situation du condamné n'est pas examinée lorsqu'il a préalablement fait connaître son refus d'une mesure de libération sous contrainte ou lorsqu'une requête en aménagement de la peine est pendante devant la juridiction d'aménagement des peines, réglant ainsi une des difficultés récurrentes du dispositif. « La libération sous contrainte entraîne l'exécution du reliquat de peine sous le régime de la libération conditionnelle, de la détention à domicile sous surveillance électronique, du placement à l'extérieur ou de la semi-liberté ».

La loi a doublement renforcé le caractère automatique de la libération sous contrainte puisqu'elle est déclenchée par un critère temporel et les pouvoirs du juge sont limités en matière d'appréciation. Non seulement il doit justifier son refus, mais la loi n'exige aucune condition pour accorder cette mesure de faveur, pas plus la bonne conduite que l'existence d'un projet d'insertion ou de réinsertion. Il s'agit plus d'une mesure de gestion des flux de personnes incarcérées que d'une véritable mesure destinée à améliorer la resocialisation.

9. Le droit de vote des détenus

La loi du 23 mars 2019 précise le droit de vote des détenus pour les élections européennes. Les condamnés incarcérés dans un établissement pénitentiaire situé sur le territoire de la République et purgeant une peine n'entraînant pas une incapacité électorale, à leur demande et s'ils sont inscrits sur une liste électorale, peuvent « voter par correspondance sous pli fermé, dans des conditions permettant de respecter le caractère secret et personnel du vote, la

sincérité du scrutin ainsi que la sécurité et la sûreté des personnes concernées ». Une commission électorale veille au bon respect des règles. La liste des personnes admises à voter par correspondance ne peut être rendue publique.

10. La détention

Si la loi du 23 mars 2019 maintient le système d'incarcération graduée, elle précise le régime de détention renforcée. Si le régime de détention en maison d'arrêt représente le droit commun, « à titre exceptionnel, au regard de leur personnalité ou de leur comportement, les personnes mentionnées au premier alinéa peuvent être incarcérées dans un établissement pour peines lorsque cette décision apparaît nécessaire à la prévention des évasions ou au maintien de la sécurité et du bon ordre des établissements pénitentiaires » ou peuvent être affectées à un quartier spécifique, que ce soit dans un établissement pour peine ou dans une maison d'arrêt. La décision d'affectation incombe à l'autorité administrative, doit être motivée et ne peut intervenir qu'après une procédure contradictoire au cours de laquelle la personne concernée, qui peut être assistée de son avocat, présente ses observations orales ou écrites. L'objectif de ces régimes exceptionnels est de « bénéficier d'un programme adapté de prise en charge et [de soumettre] à un régime de détention impliquant notamment des mesures de sécurité renforcée ». L'exercice de leurs droits est maintenu, ainsi que celui de leurs activités qui peut cependant « s'effectuer à l'écart des autres personnes détenues et sous réserve des aménagements qu'imposent les impératifs de sécurité ».

L'article 727-1 du Code de procédure pénale a été réécrit pour

élargir le domaine des techniques de renseignement utilisées par les agents pénitentiaires. Aux fins de prévenir les évasions et d'assurer la sécurité et le bon ordre au sein des établissements pénitentiaires, le ministre de la Justice peut autoriser les agents individuellement désignés et habilités de l'administration pénitentiaire à « intercepter, enregistrer, transcrire ou interrompre les correspondances de personnes détenues émises par la voie des communications électroniques et autorisées en détention, à l'exception de celles avec leur avocat, et conserver les données de connexion y afférentes » et à « accéder aux données stockées dans un équipement terminal ou un système informatique qu'utilise une personne détenue et dont l'utilisation est autorisée en détention, les enregistrer, les conserver et les transmettre ». Ces opérations donnent lieu à l'établissement d'un relevé qui mentionne les dates de début et de fin de cette mise en œuvre ainsi que la nature des renseignements collectés et qui est tenu « à la disposition du procureur de la République, qui peut y accéder de manière permanente, complète et directe, quel que soit son degré d'achèvement ». Si le Code de procédure pénale prévoit les règles de conservation, suppression et les différents recours possibles, la loi du 23 mars 2019 les a précisées en complétant l'article L 853-3 du Code de la sécurité intérieure.

La loi modifie aussi le régime des fouilles corporelles intégrales. Après plusieurs condamnations prononcées par la Cour européenne des droits de l'Homme, la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 a modifié le régime juridique. La loi du 23 mars 2019 élargit leur cadre d'application, sous l'apparence d'un contrôle plus strict. Dorénavant, « hors les cas où les personnes détenues accèdent à l'établissement sans être restées sous la surveillance constante de l'administration pénitentiaire ou des forces de police ou de

gendarmerie, les fouilles intégrales des personnes détenues doivent être justifiées par la présomption d'une infraction ou par les risques que leur comportement fait courir à la sécurité des personnes et au maintien du bon ordre dans l'établissement ». *A contrario*, cela signifie que si le soupçon d'infraction ou le risque de désordre sont des justifications nécessaires pour les personnes restées sous surveillance constante et ininterrompue, pour les autres, la fouille peut être décidée de façon discrétionnaire par l'administration. Tout comme depuis la loi de 2009, « leur nature et leur fréquence sont strictement adaptées à ces nécessités et à la personnalité des personnes détenues ». En revanche, la loi de 2019 prévoit qu'elles « peuvent être réalisées de façon systématique lorsque les nécessités de l'ordre public et les contraintes du service public pénitentiaire l'imposent ». Dans ce cas, le chef d'établissement doit prendre une décision pour une durée maximale de trois mois renouvelable après un nouvel examen de la situation de la personne détenue. Ce retour des fouilles systématiques est important dans la mesure où la Cour européenne des droits de l'Homme en avait fait une condition de la violation de l'article 3 de la Convention, les rendant comme des traitements dégradants, parfois même inhumains. À ce titre, le dispositif appelle la plus grande attention. La loi précise aussi le régime des fouilles lorsqu'il existe des raisons sérieuses de soupçonner l'introduction au sein de l'établissement pénitentiaire d'objets ou de substances interdits ou constituant une menace pour la sécurité des personnes ou des biens. Si les fouilles doivent être strictement nécessaires, proportionnées et spécialement motivées, le chef d'établissement peut les ordonner « dans des lieux et pour une période de temps déterminés, indépendamment de leur personnalité ».

11. Construction d'établissements pénitentiaires

La loi du 23 mars 2019 favorise la construction de nouveaux établissements pénitentiaires ou l'extension des bâtiments existants. Cela passe par une simplification de la procédure de consultation du public, qui peut être effectuée par voie électronique, ou par la modification de la procédure d'expropriation publique pouvant conduire à la prise de possession immédiate.

AVRIL 2020



CREOGN
CENTRE DE RECHERCHE
DE L'ÉCOLE DES OFFICIERS DE LA GENDARMERIE NATIONALE

ÉTAT D'URGENCE SANITAIRE – LOI n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19

La loi du 23 mars 2020 mettant en place l'état d'urgence sanitaire a modifié le Code de la santé publique et a introduit un certain nombre de restrictions de déplacements et prévu des sanctions en cas de violation. L'article L 3136-1 a été considérablement enrichi. L'article L 3131-1 CSP autorise le ministre de la santé à prescrire, en cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie, dans l'intérêt de la santé publique, toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population. L'article L 3136-1 punit la violation de ces mesures de l'amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe. Elles peuvent faire l'objet de la procédure d'amende forfaitaire selon le décret n° 2020-357 du 28 mars 2020 relatif à la forfaitisation de la contravention de la 5^e classe réprimant la violation des mesures édictées en cas de menace sanitaire grave et de déclaration de l'état d'urgence sanitaire. L'amende applicable est de 135 euros.

La loi du 23 mars 2020 met en place un système intéressant de sanction en cas de réitération de contraventions, étant rappelé que les contraventions obéissent à un régime de récidive spécial défini à l'article 132-11 du Code pénal. Lorsque la personne commet une nouvelle violation dans un délai de quinze jours, l'amende qui lui est appliquée est celle prévue pour les contraventions de la cinquième classe. Les montants de l'amende forfaitaire et de l'amende forfaitaire majorée s'élèvent respectivement à 200 et 450 euros,

selon le décret n° 2020-357 du 28 mars 2020 relatif à la forfaitisation de la contravention de la 5^e classe réprimant la violation des mesures édictées en cas de menace sanitaire grave et de déclaration de l'état d'urgence sanitaire.

Si ces mêmes violations sont verbalisées à plus de trois reprises dans un délai de trente jours, les faits sont punis de six mois d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende ainsi que de la peine complémentaire de travail d'intérêt général et de la peine complémentaire de suspension, pour une durée de trois ans au plus, du permis de conduire lorsque l'infraction a été commise à l'aide d'un véhicule. Il est permis de constater que la commission de trois violations transforme la nature de l'infraction qui passe d'une qualification contraventionnelle à une qualification délictuelle. En effet, si la contravention sanctionne la simple violation d'une prescription sociale, le délit punit la violation délibérée d'une norme considérée par la société comme étant essentielle. Si la constatation des infractions est de la compétence naturelle de la police nationale et de la gendarmerie, la loi autorise aussi les agents de police municipale, les gardes champêtres, les agents de police de la Ville de Paris chargés d'un service de police, et des contrôleurs chargés d'un pouvoir de police et agréés, d'exercer ces compétences. Leurs pouvoirs sont réduits en la matière, puisqu'ils peuvent dresser des procès-verbaux en matière contraventionnelle, en revanche, ils dressent seulement des rapports en matière délictuelle.

La loi d'urgence sanitaire est entrée en vigueur immédiatement et s'applique depuis le 24 mars 2020. Elle ne peut s'appliquer à des faits commis antérieurement. Étant une loi de fond plus sévère, elle est soumise au principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère. À ce titre, les infractions commises avant son entrée en vigueur ne peuvent être prises en compte dans le cadre des mécanismes d'aggravation en cas de réitération d'infraction. Les

mesures de la loi ont été prorogées jusqu'au 11 mai 2020, date prévue du déconfinement.

Dans le cadre de son audition au Sénat, le 15 avril 2020, le ministre de l'Intérieur, Monsieur Christophe Castaner, a indiqué que 12,6 millions de contrôles ont été effectués et 762 706 verbalisations ont été dressées.

BLANCHIMENT

Ordonnance n° 2020-115 du 12 février 2020 renforçant le dispositif national de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme

Le blanchiment a trouvé une grande vigueur dans l'application judiciaire en 2019. Il est possible de remarquer que le travail d'ajustement législatif se poursuit, toujours largement guidé par l'impulsion internationale, notamment européenne, en la matière. L'article 203 de la loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises (PACTE) habilitait le Gouvernement à adopter des mesures visant à renforcer la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. L'ordonnance n° 2020-115 du 12 février 2020 est l'occasion de transposer la cinquième directive européenne anti-blanchiment. Elle s'accompagne de deux décrets (n° 2020-118 et n° 2020-119) renforçant le dispositif national de Lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB-FT).

Le Rapport au Président de la République qui accompagne l'adoption de cette ordonnance rappelle le contexte de cette modification. Elle vise à transposer la cinquième directive anti-blanchiment 2018/843 modifiant la directive 2015/849 adoptée grâce à une initiative portée par la France, à la suite des attentats du

13 novembre 2015 et pour encourager la reprise des travaux européens en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. Entrée en vigueur le 10 juillet 2018 et fixant un délai de transposition de dix-huit mois, le délai était échu le 10 janvier 2020. Si l'ordonnance et les deux décrets dessinent un ensemble technique et complexe, certaines mesures retiennent une attention particulière.

L'article 2 met en conformité le champ des personnes assujetties aux obligations LCB-FT avec les exigences européennes. Le Code monétaire et financier fait obligation à certaines professions de procéder à une déclaration de soupçons auprès de TRACFIN, lorsque certaines opérations leur semblent anormales ou suspectes. Si, à l'origine, l'obligation s'appliquait essentiellement aux banques et professions financières, elle s'est depuis considérablement étendue à des professions diverses, qu'il s'agisse des professions juridiques, du chiffre, de conseil, d'intermédiaire, etc. L'ordonnance de 2020, de manière générale, opère une extension, mais il peut être noté que certaines personnes sont mises hors du champ d'application de cette obligation.

L'extension concerne plusieurs professions. Des succursales et entités effectuant des opérations financières y sont soumises, de manière générale, et pas uniquement lorsqu'elles effectuent des opérations pour leur clientèle en France. D'ailleurs, l'article 3 de l'ordonnance renforce les obligations de vigilance en cas d'opérations avec des personnes ou des établissements « dans un pays non membre de l'Union européenne ou (...) pas partie à l'accord sur l'Espace économique européen » et prévoit la possibilité de restreindre ou d'interdire des opérations avec des personnes « entretenant des liens avec l'un des pays tiers à haut risque

recensés par la Commission européenne ».

Plusieurs modifications concernent les professions juridiques. Les caisses de règlement pécuniaire des avocats (CARPA) s'y trouvent soumises « au titre des fonds, effets ou valeurs déposés par les avocats pour le compte de leurs clients dans le cadre des activités mentionnées au I de l'article L. 561-3 », ce qui les limite aux activités en matière de transaction financière, immobilière, commerciale, agissant dans le cadre d'une fiducie ou lorsqu'elles fournissent des conseils en matière fiscale. Les greffiers des tribunaux de commerce s'y trouvent aussi soumis, ainsi que toutes les personnes engagées dans une relation d'affaires « nouée à l'occasion du dépôt par les avocats, pour le compte de leurs clients, des fonds, effets ou valeurs ».

Les deux modifications les plus importantes concernent, d'une part, les personnes qui fournissent, directement ou par personne interposée, des conseils en matière fiscale et, d'autre part, les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation dans l'exercice des mêmes activités que celles soumises à l'obligation déclarative dans le cadre des CARPA.

Il convient de rappeler que le régime de déclaration à TRACFIN imposé aux avocats est dérogatoire dans le fond et la forme.

Dans le fond, ils sont exemptés des obligations de vigilance et déclaratives dans le cadre des activités de représentation et d'assistance, donc aussi bien dans le cadre de leur activité de conseil que de représentation en justice. Cette exclusion est rappelée à l'article 3 de l'ordonnance qui modifie l'article L 561-8 et ajoute un alinéa supplémentaire qui dispose que les personnes mentionnées aux 12° et 13° de l'article L 562-1 (les experts-comptables, les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, les avocats, les notaires, les huissiers de justice, les administrateurs judiciaires, les

mandataires judiciaires et les commissaires-priseurs judiciaires) ne sont pas soumises à l'obligation de déclaration de soupçons, « lorsque leur activité se rattache à une procédure juridictionnelle, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une telle procédure, et lorsqu'elles donnent des consultations juridiques ». En revanche, elles y sont soumises lorsque les consultations sont fournies ou demandées à des fins de blanchiment ou financement de terrorisme.

Dans la forme, les avocats n'adressent pas la déclaration directement à TRACFIN, ce qui risque de constituer une atteinte aux droits de la défense et à la nature particulière des relations entre l'avocat et son client, mais passent par l'intermédiaire du bâtonnier. La Cour européenne des droits de l'Homme, dans son arrêt *Michaud c/ France*, 6 décembre 2012, a validé le dispositif français de déclaration de soupçons LCB-FT imposé aux avocats.

Par opposition, l'ordonnance limite les obligations de certaines personnes puisque certaines professions sont soumises à l'obligation déclarative seulement lorsque les opérations dépassent le seuil de 10 000 euros – les activités de location ou de transaction immobilière, les négociants ou intermédiaires de vente d'œuvres d'art et antiquités. Il est intéressant de noter que le législateur vise une opération unique ou une série d'opérations ou transactions liées, ce qui permet de vérifier le bien-fondé des opérations économiques sans s'arrêter à leur fractionnement pour éviter la déclaration.

L'ordonnance a ajouté un article L 561-7-1 au Code monétaire et financier permettant aux avocats ainsi qu'aux CARPA de se communiquer mutuellement les informations recueillies pour la mise en œuvre de l'obligation de vigilance – identifier et vérifier

l'identification, ou tout autre élément leur semblant pertinent, relatif à leurs clients avant d'entrer en relation d'affaires avec eux ou de les assister dans la préparation ou la réalisation d'une transaction – mais la vigilance doit être constante et porter sur la cohérence des opérations dans le cadre d'une relation d'affaires existante. De cette manière, le droit financier met en œuvre une sorte de secret partagé entre professionnels soumis aux obligations de confidentialité, ce qui permet d'esquisser un parallèle avec le secret médical. Par voie de conséquence, l'article 4 précise le régime de ce partage d'informations lorsque des soupçons apparaissent ou lorsqu'il y a des divergences d'information sur le bénéficiaire effectif de l'opération. L'ordonnance renforce à la fois la protection de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes signalées, mais aussi et surtout les personnes ayant effectué le signalement. Ainsi, les préposés ou les dirigeants des personnes morales ayant effectué un signalement de soupçon ne peuvent faire l'objet d'aucune sanction professionnelle, ce qui était déjà prévu, ni d'aucune « mesure préjudiciable ou discriminatoire en matière d'emploi », selon la nouvelle rédaction retenue par l'ordonnance.

L'article 5 de l'ordonnance précise les pouvoirs de TRACFIN. Ce service peut s'opposer à l'exécution d'une opération ayant fait l'objet d'un signalement et le notifier à la personne qui en est chargée. L'opération est reportée de dix jours, délai pouvant être prorogé par le Président du tribunal judiciaire de Paris. En cas contraire, l'opération est exécutée. La personne chargée de l'opération ne peut porter à la connaissance de quiconque, ni de la personne concernée, ni de tiers, des informations provenant de TRACFIN. L'ordonnance précise cette interdiction faite aux dirigeants et préposés d'organismes financiers, « au président de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ou au bâtonnier de l'ordre auprès duquel l'avocat est inscrit, de porter à la

connaissance de l'auteur de l'opération ou à des tiers, autres que les autorités de contrôle, ordres professionnels et instances représentatives nationales, l'existence de l'opposition ». L'ordonnance fluidifie la circulation de l'information, que ce soit à l'extérieur, donc entre TRACFIN et les cellules de renseignement financier homologues étrangères, ou à l'intérieur, aux autres autorités nationales compétentes, qu'il s'agisse des signalements collectés des personnes soumises à l'obligation de déclaration ou des informations transmises par les homologues étrangers.

L'article 8 modifie une section du Code monétaire et financier qui sera dorénavant consacrée aux bénéficiaires effectifs (les articles L 561-45-1 s.). Les dispositifs européens et internationaux ont mis l'accent sur la nécessité d'identifier les bénéficiaires effectifs, à savoir les personnes physiques qui contrôlent *in fine* les personnes morales et autres entités. Dans le cadre des obligations de vigilance, les sociétés et autres entités doivent déclarer au registre du commerce et des sociétés les informations sur les éléments d'identification et de domiciliation personnelle des bénéficiaires effectifs et des précisions sur le contrôle qu'elles effectuent sur la société. L'absence de transmission des éléments fait encourir une peine de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. Ces mêmes peines s'appliquent en cas de transmission d'informations incomplètes ou fausses. Par ailleurs, le bénéficiaire ayant communiqué des informations fausses ou incomplètes encourt aussi les mêmes peines.

Certains responsables européens réclament un règlement européen en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme afin de confier cette mission à une autorité centrale européenne et unifier les règles de fond et de forme en la matière.

Décret n° 2020-118 du 12 février 2020 renforçant le dispositif national de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme

Ce décret met fin à l'obligation de vérification du domicile préalable à l'ouverture d'un compte et simplifie les modalités de vérification d'identité du client pour les entrées en relation d'affaires à distance. Il adapte certaines dispositions applicables en matière de contrôle et procédure internes. Le décret précise les obligations relatives à la vérification de l'identité du bénéficiaire effectif en invitant les entités assujetties à systématiquement consulter les registres dédiés. Les obligations en cas de risque faible ou de risque élevé de blanchiment de capitaux ou de financement de terrorisme, en particulier lorsque l'opération implique un pays tiers à haut risque, sont complétées, tout comme les conditions dans lesquelles les mesures de vigilance doivent être renouvelées. Le texte détermine enfin les modalités de déclaration et de consultation du registre des bénéficiaires effectifs.

Ont accès à l'intégralité des informations :

- les officiers de police judiciaire de la police et de la gendarmerie nationales individuellement désignés et spécialement habilités ;
- les agents des douanes et des services fiscaux habilités à effectuer des enquêtes judiciaires.

Décret n° 2020-119 du 12 février 2020 renforçant le dispositif national de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme

Ce décret précise les compétences de TRACFIN. Service à compétence nationale, TRACFIN est la cellule de traitement du

renseignement financier en France et se place en première ligne dans la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. À ce titre, il reçoit et traite les déclarations de soupçons et le renseignement relatif aux infractions ; il anime et coordonne, en tant que de besoin, aux niveaux national et international, les moyens d'investigation dont disposent les administrations ou services relevant du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé du budget, ainsi que les organismes qui y sont rattachés ; il participe à l'étude des mesures à mettre en œuvre pour faire échec aux circuits financiers clandestins ; il développe l'action internationale de lutte contre les circuits financiers clandestins, le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

Le décret renforce la mission de coordination du Conseil d'orientation de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Selon l'article D 561-51 du Code monétaire et financier, ce Conseil assure une meilleure coordination des services de l'État et des autorités de contrôle concernés par la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, afin de renforcer l'efficacité de celle-ci. À ce titre, il renforce les échanges d'informations entre les acteurs du volet préventif et du volet répressif ; il favorise la concertation en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, afin d'améliorer leur participation à celle-ci ; il propose des améliorations au dispositif national, préventif et répressif, de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme visant à alimenter un plan d'actions interministériel, d'en suivre la mise en œuvre et d'en apprécier l'efficacité ; il établit et met à jour régulièrement une analyse nationale des risques visant à identifier, comprendre, évaluer les risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme auxquels la France est

exposée et à proposer des mesures d'atténuation de ces risques ; il consolide, en vue de leur publication au sein d'un rapport annuel, des statistiques.

Crim. 18 mars 2020, n° 18-85542, site Cour de cassation, arrêt n° 292, publ. Bull.

Les services fiscaux de la Polynésie française ont transmis au procureur de la République plusieurs dénonciations de faits susceptibles de constituer des fraudes au dispositif de défiscalisation dit « loi Girardin », qui permet à des particuliers de bénéficier de crédits d'impôts en investissant dans l'acquisition de matériel industriel neuf au profit d'entreprises polynésiennes. Des factures présumées fictives avaient été produites dans le cadre de dossiers de défiscalisation afin de faire entrer dans le dispositif du matériel non éligible ou qui n'avait en réalité jamais été acheté, dossiers passant par l'intermédiaire de la même société. Une personne physique identifiée a joué le rôle d'apporteur d'affaire et a participé au montage des dossiers litigieux. Les honoraires étaient versés sur le compte de sa fille ayant, pour sa part, participé seulement à un dossier. Le gérant de la société a été déclaré coupable d'escroquerie en bande organisée et de blanchiment. Il forme un pourvoi en cassation pour contester la qualification de blanchiment fondée sur « le seul fait qu'il avait transféré les fonds provenant des escroqueries présumées sur un compte personnel ». La Chambre criminelle rejette le moyen. En reprenant la définition de blanchiment de l'article 324-1, alinéa 2, les juges rappellent que l'opération de placement seule suffit et qu'il n'est pas nécessaire qu'elle se double d'une quelconque dissimulation de l'origine illicite des biens. À ce titre, la Cour de cassation considère que « l'opération de dépôt ou de virement du produit d'un crime ou d'un délit sur un

compte, y compris s'il s'agit de celui de l'auteur de l'infraction d'origine, qui conduit à faire entrer des fonds illicites dans le circuit bancaire, constitue une opération de placement caractérisant le délit de blanchiment ».

Crim. 18 mars 2020, n° 18-86491, site de la Cour de cassation, n° 294, publ. Bull.

Lors d'un contrôle routier, les douaniers ont découvert une personne en possession de 76 000 euros en espèces, dissimulés dans plusieurs endroits dans le véhicule contrôlé, alors que le conducteur avait déclaré qu'il ne transportait pas plus de 10 000 euros. Deux personnes se sont prétendues propriétaires des fonds, alors qu'ils étaient issus d'une fraude fiscale. Les juges du fond les ont déclarées coupables de blanchiment sur le fondement de l'article 324-1, alinéa 2, pour avoir apporté leur concours à une opération de dissimulation du produit d'une infraction.

Les deux personnes pénalement responsables ont proposé un moyen contestant la caractérisation du blanchiment. D'une part, les juges du fond n'auraient pas caractérisé l'infraction d'origine, puisque les éléments constitutifs de la fraude fiscale ne sont pas établis. D'autre part, la violation des obligations déclaratives en matière de transfert international de fonds en toute connaissance de cause ne suffirait pas à caractériser le blanchiment de fraude fiscale. De surcroît, les personnes contestent aussi, à la fois, l'élément matériel, selon lequel il faudrait prouver les agissements de concours à des actes de placement, dissimulation ou conversion, et l'origine frauduleuse des biens qui ne peut pas reposer sur un simple soupçon de fraude fiscale commise à l'étranger. Enfin, l'élément moral ne serait pas établi puisque l'intention du blanchiment ne peut se réduire à la simple volonté de ne pas

déclarer en douane une somme d'argent.

La Chambre criminelle écarte le moyen en se fondant, à la fois, sur les textes de droit interne, l'article 324-1 du Code pénal, et des textes de droit international, plus précisément, la Convention de Strasbourg du 8 novembre 1990 relative au blanchiment, au dépiage et à la saisie et à la confiscation des produits du crime et la directive 2018/1673/UE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal. Ces sources retiennent une définition particulièrement large de l'opération de blanchiment entendue comme « le fait de dissimuler ou de déguiser le mouvement de biens dont celui qui s'y livre sait qu'ils proviennent d'une activité criminelle ». S'en inspirant, la Cour de cassation déduit que « le transfert de fonds, sans qu'ait été respectée l'obligation déclarative résultant des articles 464 du code des douanes et L. 152-1 du code monétaire et financier, doit être considéré comme une opération de dissimulation au sens de l'article 324-1 du code pénal ». En résulte une automaticité de caractérisation du blanchiment fondée sur le caractère occulte de l'opération. Cette interprétation est conforme autant à la lettre du texte qu'à son esprit et semble compatible avec l'article 324-1 du Code pénal. D'ailleurs, il peut être remarqué que l'ordonnance du 12 février 2012 de transposition de la cinquième directive européenne n'a absolument pas modifié la définition française du blanchiment, parfaitement compatible avec les normes européennes. La Chambre criminelle rejette le moyen, car le transfert sans déclaration d'une somme d'argent caractérise l'opération de dissimulation dans le cadre du blanchiment.

En revanche, le moyen portant sur l'origine frauduleuse des fonds rencontre le succès. Les juges ne peuvent retenir la culpabilité d'une personne sans en avoir caractérisé tous les éléments constitutifs de l'infraction, préalable nécessaire à l'établissement de la

responsabilité pénale. Or, l'article 324-1, alinéa 2, du Code pénal punit le blanchiment du produit direct ou indirect du crime ou délit. En effet, c'est la grande différence entre les deux alinéas de l'article 324-1 du Code pénal. Si l'alinéa 1 réprime le blanchiment du patrimoine appartenant à une personne ayant commis des crimes et délits, de sorte qu'aucune traçabilité des fonds ou biens n'est nécessaire, l'alinéa 2 punit le blanchiment du produit même de l'infraction. Cela implique l'obligation pour le juge d'établir la provenance frauduleuse du bien ou des capitaux blanchis, même s'il peut être aidé dans cette démarche par des présomptions légales (articles 324-1-1) ou judiciaires. Mais la présomption reste une facilité de preuve et nullement un allègement de l'obligation de qualification pénale. De telle sorte que la Chambre criminelle affirme « la caractérisation du délit de blanchiment, si elle n'implique pas que les auteurs de l'infraction principale soient connus, ni les circonstances de la commission de celle-ci entièrement déterminées, nécessite que soit établie l'origine frauduleuse des biens blanchis ». Il en résulte que, s'il n'est pas nécessaire que des poursuites ou une condamnation aient existé, il convient d'établir les éléments constitutifs de l'infraction d'origine ayant procuré les capitaux blanchis, ce qui appelle deux remarques. D'une part, l'automatisme de la qualification du blanchiment reposant sur la violation d'obligations déclaratives est rejetée par la Cour de cassation à juste titre. Cette solution réduirait la qualification pénale à l'établissement d'une partie de l'élément matériel et s'affranchirait des principes généraux du droit pénal. D'autre part, cette cassation prononcée pour violation des principes ne permet pas d'augurer d'une décision de relaxe *in fine* pour les personnes poursuivies. En effet, la Cour de cassation rappelle que l'origine frauduleuse puisée ici dans la fraude fiscale permet d'établir l'élément moral en exploitant des éléments comme

« l'abstention réitérée de déclaration de l'importation de cette somme, de l'importance de la somme dissimulée, et de la volonté de se soustraire aux obligations déclaratives légales prévues par les articles 464 et 465 du code des douanes, et des articles L. 152-1 et L. 152-4 du code monétaire et financier ». La Chambre criminelle indique clairement aux juges de renvoi la voie à suivre pour caractériser correctement le délit de blanchiment afin d'entrer en voie de condamnation.

EXHIBITION SEXUELLE – IRRESPONSABILITÉ PÉNALE EN CAS DE PROTESTATION POLITIQUE – INGÉRENCE DISPROPORTIONNÉE DANS LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

Crim. 20 février 2020, n° 19-81827, publ. Bull.

Les protestations des militantes féministes se multiplient et les moyens se diversifient. Loin du mouvement des « suffragettes », l'exhibition de certaines parties du corps, l'utilisation des réseaux sociaux épousent les codes de communication modernes. L'arrêt rendu par la Cour de cassation vient apporter une réponse intéressante sur la qualification pénale du comportement, ainsi que sur la responsabilité pénale des personnes le commettant.

Dans le musée Grévin, une femme dévêt le haut de son corps et montre sa poitrine nue avec l'inscription « *Kill Poutine* ». Elle fait tomber la statue de cire du Président Poutine et y plante à plusieurs reprises un pieu métallique pour partie peint en rouge en déclarant « *Fuck dictator, fuck Poutine !* ». Interpellée, elle revendique son appartenance au mouvement des Femen et explique qu'il s'agit d'une protestation politique. Poursuivie pour exhibition sexuelle et dégradation volontaire, elle est condamnée à une peine d'amende

pour cette dernière infraction, alors qu'elle est exonérée de sa responsabilité pénale pour la première, après une procédure longue et complexe (la Cour d'appel de Paris résiste après une première cassation prononcée par la Chambre criminelle). Le ministère public ainsi que la personne poursuivie forment des appels, ce qui conduit la Chambre criminelle à se prononcer une deuxième fois dans cette affaire.

Le second moyen, formulé par la personne poursuivie, est rapidement et brièvement déclaré irrecevable par la Cour de cassation. En revanche, le premier moyen retient l'attention, qu'il s'agisse de la qualification pénale ou de la responsabilité pénale.

Le pourvoi critique la relaxe fondée sur l'absence de caractérisation du délit d'exhibition sexuelle pour trois raisons.

D'une part, l'article 222-32 du Code pénal punit l'exhibition sexuelle lorsqu'elle est « imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public ». Les juges du fond ont interprété cette condition dans un sens restrictif en considérant qu'elle exige l'exhibition avec une connotation sexuelle visant à « offenser la pudeur d'autrui ». Le contexte de l'espèce ne remplissait pas cette condition dans la mesure où, comme l'ont souligné les juges « le regard de la société sur le corps des femmes a évolué dans le temps, et que l'exposition fréquente de la nudité féminine dans la presse ou la publicité, même dans un contexte à forte connotation sexuelle, ne donne lieu à aucune réaction au nom de la morale publique ».

D'autre part, « l'arrêt a ajouté au texte d'incrimination une condition qu'il ne prévoit pas, en exigeant que le délit, pour être constitué, contrevienne à un droit garanti par une prescription légale ou réglementaire ». Même si cet argument arrive en troisième position dans le pourvoi, il doit être étudié en deuxième lieu car il est aussi relatif à la caractérisation de l'infraction. En effet, la définition légale n'évoque même pas l'existence d'une quelconque

prescription, la philosophie de l'exhibition sexuelle étant une continuation de l'attentat à la pudeur.

Enfin, les juges du fond ont accepté d'exonérer la personne de sa responsabilité pénale en vertu « d'un mobile politique ou prétendument artistique ». En effet, « la prévenue déclare appartenir au mouvement dénommé "Femen", qui revendique un "féminisme radical", dont les adeptes exposent leurs seins dénudés sur lesquels sont apposés des messages politiques, cette forme d'action militante s'analysant comme un refus de la sexualisation du corps de la femme, et une réappropriation de celui-ci par les militantes, au moyen de l'exposition de sa nudité ».

La Cour de cassation invalide la totalité de l'analyse juridique de la Cour d'appel, sans pour autant casser l'arrêt.

En premier lieu, elle apporte ainsi une précision importante sur la définition de l'infraction, car les juges du fond ont tort en affirmant que « la seule exhibition de la poitrine d'une femme n'entre pas dans les prévisions du délit prévu à l'article 222-32 du code pénal, si l'intention exprimée par son auteur est dénuée de toute connotation sexuelle ». Le principe d'interprétation stricte ne permet pas d'ajouter un dol spécial à l'exhibition sexuelle et l'intention est constituée par la simple conscience de montrer une partie de son corps indépendamment de la volonté sexuelle sous-jacente. De plus, sans même le dire précisément, la Cour de cassation écarte aussi l'ajout à la définition légale consistant en l'exigence de la violation de prescriptions pré-existantes. C'est une application du principe de légalité pénale. Encore une fois, on peut remarquer que ce sont les principes généraux du droit pénal qui conduisent à cette solution – la clé de voûte de la légalité pénale accompagnée de son corollaire naturel, l'interprétation stricte.

En second lieu, le motif politique ou artistique de l'exposition d'une partie sexuelle dénudée ne produit pas d'effet sur la qualification

pénale, mais sur la responsabilité pénale. La Chambre criminelle refuse de censurer l'analyse des juges du fond, fût-elle juridiquement erronée, puisque « le comportement de la prévenue s'inscrit dans une démarche de protestation politique, et que son incrimination, compte tenu de la nature et du contexte de l'agissement en cause, constituerait une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression ». La Cour de cassation met en œuvre le contrôle de proportionnalité dont elle se prévaut ces dernières années, ce qui peut soulever principalement trois observations.

D'une part, la proportionnalité prévaut sur la légalité pénale et l'interprétation stricte, ce qui débouche sur un rapport renouvelé entre le législateur et le juge, plus particulièrement en droit pénal.

D'autre part, la Cour de cassation s'inspire directement de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Si elle utilise l'article 10 en l'espèce, son raisonnement est général et il n'est pas exclu de pouvoir l'appliquer à d'autres libertés fondamentales.

Enfin, l'exhibition sexuelle est consciente et volontaire, mais elle ne s'accompagne pas d'une connotation sexuelle supplémentaire voulant susciter une réaction de répulsion, désir, etc. Indirectement, l'exposition des seins d'une femme constitue toujours une exhibition sexuelle du corps, ce qui peut aller à l'encontre de la tendance actuelle lissant les différences sexuelles pour les remplacer par le genre. Mais il est vrai que le texte n'exige pas l'exhibition d'un organe ou d'une partie sexuelle, donc l'interprétation de l'incrimination peut être large.

FÉMINICIDE – RAPPORT PARLEMENTAIRE

Rapport d'information, Assemblée Nationale, Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les femmes et les hommes, F. Lazaar, 18 février 2020

Le rapport se penche sur le concept de féminicide et la pertinence de le consacrer dans la législation, plus particulièrement en droit pénal, alors que l'égalité entre les femmes et les hommes est la grande cause nationale du quinquennat et s'accompagne d'une prise de conscience mondiale.

Le féminicide est défini « comme le meurtre de femmes ou de filles en raison de leur sexe, parce qu'elles sont des femmes, parce qu'elles sont des filles » et s'inscrit « dans un *continuum* de violences faites aux femmes (économiques, physiques, administratives, psychologiques, sexuelles...) ». Le terme, issu de la contraction de « *female* » et « *homicide* » (en anglais), est relativement récent, apparu dans les années 1970, et a été théorisé par des courants nord-américains. Il est employé par les instances internationales, dans la continuité des violences de genre, et sa reconnaissance légale est l'objet d'actions multiples d'associations militant dans ce sens. Le rapport se penche, à la fois, sur la pénétration de ce terme dans le langage courant, mais aussi sur la reconnaissance du concept dans le langage juridique tendant à souligner « le caractère genré de ces crimes ».

Le rapport commence par rappeler des statistiques qui interpellent par l'ampleur des chiffres : 223 000 femmes sont victimes de violences physiques ou sexuelles de la part de leur conjoint, 94 000 femmes sont victimes de viols ou de tentatives de viols, 53 000 femmes excisées vivent dans notre pays, 20 % des femmes sont

confrontées à une situation de harcèlement sexuel au cours de leur vie professionnelle, « un tiers des Franciliennes déclare avoir été sifflé, interpellé ou abordé sous prétexte de "drague" dans les espaces publics ». Les violences sont de six sortes, les violences psychologiques, physiques, sexuelles, verbales, matérielles ou administratives, peuvent se prolonger par des moyens technologiques et sur les réseaux sociaux et peuvent toucher toute femme et à tout âge. Si ces violences genrées sont « bien souvent invisibilisées voire tolérées dans notre société », le féminicide retient l'attention, car il constitue « le paroxysme » de la violence sexiste.

En France, le féminicide se traduit par des meurtres de conjoint ou d'ex-conjoint, donc à l'intérieur de la sphère intime et traduisent un sentiment de possession des femmes par les hommes. Ce crime, souvent présenté comme un « drame familial » a souvent été « invisibilisé », sans prise en compte de son caractère genré ou spécifique. Cela est dû au silence des victimes, souvent craintives, isolées, traumatisées, silence qui était systématique jusqu'à la prise de conscience du mouvement #MeToo et la médiatisation de certains féminicides, mais aussi « aux défaillances de la société », le rapport pointant « les préjugés et représentations sexistes qui existent dans toutes les sphères de notre société ». Des dysfonctionnements ont été identifiés depuis la prise de la plainte jusqu'au règlement judiciaire de l'affaire, qu'il s'agisse des personnels judiciaire ou de santé. Le féminicide constitue donc un concept identifié et autonome, mais qui soulève des difficultés dans son inscription en droit pénal français.

L'inscription du féminicide en droit pénal français soulève deux types de difficultés, tenant, à la fois, aux problèmes de définition générale et juridique du terme.

En premier lieu, la définition du « féminicide » risque d'être entachée d'incertitude et son champ d'application varie selon les personnes l'employant. La définition est à géométrie variable puisqu'elle recouvre des notions différentes. Elle désigne le meurtre d'une femme, par un parallélisme parfait avec l'homicide qui désignerait exclusivement le meurtre d'un homme. Mais certaines veulent le limiter au meurtre commis par un homme sur une femme, parce qu'elle est une femme, alors que d'autres veulent l'élargir au meurtre commis par un homme sur une personne ayant l'apparence ou le comportement d'une femme, et certaines veulent une référence à la condition féminine ou à « l'expression d'une domination masculine, patriarcale et d'une volonté d'emprise ». Les médias français emploient l'expression pour désigner les meurtres de femmes commis par le conjoint ou l'ex-conjoint, donnant au concept une champ d'application bien plus restreint. Le terme est aujourd'hui plus utilisé dans un sens politique que juridique, suscitant de multiples difficultés d'ordre général ; le rapport explique « que le choix d'un terme trop large risque de ne pas être juridiquement opérationnel, tandis que le choix d'un terme trop restreint risque de ne pas permettre de tenir compte de la diversité des identités individuelles et des situations de fait », mais aussi d'ordre juridique, quant à l'application aux personnes transgenre ou au sein des couples lesbiens.

Ensuite, cette difficulté de définition générale du « féminicide » débouche sur une difficulté juridique, car faisant naître « le risque d'entériner en droit la catégorisation des femmes comme victimes des hommes ». La création d'une incrimination autonome de féminicide permet de sortir de la définition générale et indifférenciée de l'homicide. Mais cette catégorisation des femmes comme victimes, donc une minorité fragile à protéger, ne va pas dans le sens d'une plus grande égalité entre les sexes. D'un point de

vue juridique, cela risque « d'ancrer le sexisme dans notre ordre judiciaire ».

Ces difficultés sont encore plus prononcées dans l'inscription du féminicide dans le Code pénal, que ce soit d'un point de vue théorique ou pratique.

L'inscription du féminicide dans le Code pénal s'expose à un risque de non-respect du principe constitutionnel d'égalité devant la loi. L'incrimination autonome de féminicide, inscrivant le sexe des personnes comme condition d'incrimination, puisque nécessairement les hommes en sont les auteurs et les femmes les victimes, ne définit pas les éléments constitutifs de l'infraction « de manière neutre et égale ». Or, le principe d'égalité des citoyens devant la loi inscrit à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 implique également l'égalité devant l'institution judiciaire élevé par le Conseil constitutionnel au rang de principe à valeur constitutionnelle. C'est ce qui a justifié la disparition des incriminations autonomes de parricide et infanticide lors de l'adoption du nouveau Code pénal. « Ce principe d'égalité devant la loi s'oppose à ce que les crimes soient "génrés" et les victimes doivent donc être désignées de manière neutre mais universelle », empêchant de « caractériser une infraction du fait du sexe féminin de la victime et de celui masculin de l'auteur » ou de punir plus sévèrement le meurtre d'une femme que celui d'un homme et nuirait « à l'universalisme du droit ». Outre cette difficulté théorique de définition, l'inscription du féminicide dans le Code pénal risque d'être contre-productif et de produire des effets négatifs. Contrairement à l'objectif poursuivi, elle risque d'affaiblir la répression car « plus une infraction est simple à démontrer de manière objective, plus il est aisé d'en rapporter la preuve et donc

d'en sanctionner l'auteur ». L'ajout de la prise en compte du mobile risque de rendre plus difficile la caractérisation de l'infraction, mais il alourdit aussi considérablement la charge de la preuve pesant sur l'accusation, donc sur le ministère public, qui devra systématiquement prouver le mobile féministe de l'acte. Le caractère sexiste deviendrait la clé de la qualification pénale autonome et pourrait aboutir à des impossibilités, des requalifications et disqualifications. Cette modification aurait ainsi un effet symbolique positif, mais un effet juridique négatif. Si le terme ne devrait pas être inscrit en droit pénal, le rapport milite pour sa reconnaissance et son utilisation institutionnelle en France, dans la sphère politique, médiatique et judiciaire.

Les dispositifs juridiques existent, mais ils devraient être renforcés. Le droit pénal a renforcé la répression des infractions commises sur les femmes en raison de leur sexe. Si la circonstance aggravante existait traditionnellement au sein du couple, la loi du 9 juillet 2010 a choisi de prendre en compte spécifiquement ces infractions avec un renforcement de la logique répressive et une mise en œuvre d'une logique préventive avec la mise en place des dispositifs de protection continués par les dispositifs d'éloignement. La loi du 27 janvier 2017 « Égalité et citoyenneté » a introduit une circonstance aggravante générale à l'article 132-77 pour « un crime ou un délit [...] précédé, accompagné ou suivi de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature qui soit portent atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de son sexe, son orientation sexuelle ou identité de genre vraie ou supposée ». Si elle prend en compte le sexe de la victime, elle est conforme au principe constitutionnel d'égalité devant la loi puisque la circonstance aggravante ne vise pas l'identité de la victime mais le motif de l'infraction. Le rapport

revient sur une question technique spécifique de droit pénal. En effet, la loi du 27 janvier 2017 prévoit que « lorsque l'infraction est déjà aggravée soit parce qu'elle est commise par le conjoint, le concubin de la victime ou le partenaire lié à celle-ci par un pacte civil de solidarité, soit parce qu'elle est commise contre une personne afin de la contraindre à contracter un mariage ou à conclure une union ou en raison de son refus de contracter ce mariage ou cette union », il n'est pas possible d'appliquer la circonstance aggravante fondée sur l'identité ou l'orientation sexuelle de la victime. Or, le rapport regrette l'impossibilité de cumuler les circonstances aggravantes de mobile sexiste et conjugalité de l'infraction. Même si cela ne change rien à la répression, puisque chacune de ces circonstances élève la peine encourue à la perpétuité, elle permettrait de rendre compte plus fidèlement de la dimension du féminicide dans l'acte. Cette modification symbolique serait importante d'un point de vue juridique. Si la répression est importante, elle intervient *a posteriori* et il est important d'agir en amont et de mieux protéger les victimes des violences genrées. Les dispositifs légaux et administratifs de protection des violences genrées sont complets et satisfaisants, mais leur mise en œuvre peut se révéler incomplète et insuffisante. Il faut donc allouer plus de moyens à la protection des victimes, mais aussi améliorer la formation des personnels devant prendre en charge les victimes. À ce titre, l'introduction du terme féminicide dans le débat public est utile et nécessaire.

« Mieux nommer pour mieux prendre en compte ». L'usage politique, médiatique et institutionnel du terme féminicide permettrait de rendre compte de cette réalité pour en reconnaître le caractère systématique et les spécificités. Cela permettrait d'intégrer le terme dans toutes les formations pour les violences conjugales. La ministre de la Justice a souligné avoir multiplié les formations ouvertes aux

magistrats, mais aussi aux personnels de la Protection judiciaire de la jeunesse (PJJ), aux officiers de police judiciaire, aux avocats et aux associations sur l'ensemble du territoire national. Le rapport considère que « ce terme n'est pas anecdotique, mais rend compte d'une réalité sociologique grave » et doit être systématiquement intégré aux formations destinées aux magistrats, plus particulièrement.

En conclusion, le rapport propose une résolution en annexe pour encourager l'emploi du terme de féminicide, comme désignant « les meurtres de femmes en raison de leur sexe, en particulier lorsque ceux-ci sont commis par le partenaire intime ou ex-partenaire intime », « afin de reconnaître le caractère spécifique et systémique de ces crimes et ainsi de mieux nommer ces réalités intolérables pour mieux y mettre un terme ». Cette modification aurait une portée symbolique forte, mais pas de portée juridique puisqu'elle n'affecterait pas le Code pénal.

MAI 2020



CREOGN
CENTRE DE RECHERCHE
DE L'ECOLE DES OFFICIERS DE LA GENDARMERIE NATIONALE

URGENCE SANITAIRE – RESPONSABILITÉ PÉNALE DES DÉCIDEURS PUBLICS ET PRIVÉS

Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions et Décision du Conseil constitutionnel n° 2020-800 DC du 11 mai 2020

La loi d'urgence sanitaire adoptée le 11 mai 2020 a pour objet de continuer les mesures prises par la loi du 23 mars 2020 afin de lutter contre la propagation du Coronavirus 19 et d'autoriser des mesures exceptionnelles. Ce dispositif exceptionnel prolonge l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 10 juillet 2020 et permet au Gouvernement d'adopter une série d'ordonnances. Elle constitue le fondement en droit interne de la gestion de la crise de la pandémie, mais ne se confond pas avec l'urgence de santé mondiale qui a été déclarée par l'Organisation Mondiale de la Santé le 30 janvier 2020. S'accompagnant d'une décision du Conseil constitutionnel, de décrets et d'arrêtés d'application, elle est entrée en vigueur immédiatement, sauf pour les dispositions déclarées inconstitutionnelles ou s'accompagnant de réserves d'interprétation de la part du Conseil constitutionnel. Les mesures de droit pénal ont été globalement validées, mais l'une retient l'attention en particulier, car elle a déclenché une intense polémique juridique et médiatique. L'engagement de la responsabilité pénale des élus locaux et employeurs chargés de la mise en œuvre de la politique de sécurité sanitaire dans le contexte du déconfinement suscite des inquiétudes et des questions juridiques intéressantes.

L'article 1^{er} de la loi introduit un article supplémentaire dans le Code de la santé publique. L'article L 3136-2 CSP dispose : « L'article 121-3 du code pénal est applicable en tenant compte des compétences, du

pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que de la nature de ses missions ou de ses fonctions, notamment en tant qu'autorité locale ou employeur » et a déclenché une intense polémique parlementaire et médiatique. Pour la comprendre, il convient de rappeler la structure de l'article 121-3 du Code pénal qui définit l'élément moral des infractions.

I. Le droit commun de la responsabilité pénale des décideurs

La structure de l'article 121-3 est aussi importante que son contenu car elle témoigne de la construction progressive du droit positif et en illustre fidèlement la philosophie.

A. Le dispositif prévu par le Code pénal

Si les crimes et les délits sont, en principe, intentionnels, selon le premier alinéa, les délits peuvent faire l'objet d'une exception, selon les alinéas 2, 3 et 4. La faute non intentionnelle ne permet la caractérisation d'un délit que lorsqu'elle est expressément prévue par la loi. Le dispositif distingue deux hypothèses. En cas de causalité directe, une faute simple, définie comme une imprudence, une négligence ou la violation d'une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, suffit. En revanche, en cas de causalité indirecte, l'alinéa 4 de l'article 121-3, introduit par la loi du 10 juillet 2000, requiert une faute qualifiée. En exigeant un degré de gravité supérieure de ces fautes, le législateur a voulu permettre aux auteurs indirects « de poussières de fautes » d'échapper à la responsabilité pénale. La loi du 10 juillet 2000 a été conçue comme une loi de dépenalisation permettant aux

responsables indirects d'échapper à la responsabilité pénale dans certaines hypothèses. Néanmoins, la polémique de 2020 ne peut être comprise qu'en remontant aux sources du dispositif de l'article 121-3.

Le Code pénal de 1992 a été adopté en contenant des dispositions génériques permettant d'engager la responsabilité pénale en cas de délits non intentionnels, sans un régime particulièrement adapté à l'engagement de la responsabilité des décideurs, qu'ils soient économiques (les chefs d'entreprise) ou politiques (les élus, plus particulièrement les élus locaux). Si la jurisprudence s'est montrée sévère avec les chefs d'entreprise depuis 1992, l'application de cette même rigueur aux responsables politiques est plus novatrice. En particulier, la responsabilité étant engagée par l'infraction commise par une personne soumise à leur autorité, les décideurs se trouvent soumis à un développement de leur responsabilité pénale. Pèse sur eux l'obligation de mettre en place les conditions légales et réglementaires permettant d'éviter la commission de toute infraction. Dès lors, en cas de dommage, il est possible de constater une faute non intentionnelle dans la mise en œuvre des conditions de sécurité, car il semble évident que les mesures attendues et suffisantes n'ont pas été prises. Leur responsabilité pénale peut être ainsi engagée – elle est personnelle (l'obligation pèse sur eux personnellement), mais indirecte (ils n'ont pas matériellement commis l'infraction).

Dans ce contexte, la caractérisation de l'infraction et l'engagement de leur responsabilité pénale deviennent quasi automatiques. Les présomptions irréfragables étant interdites en droit pénal, car incompatibles avec la présomption d'innocence, il convient de leur permettre de s'exonérer de leur responsabilité. Si l'infraction est constituée par la transposition insuffisante des obligations légales,

la jurisprudence leur permet de s'exonérer de la responsabilité pénale en prouvant une délégation de pouvoir. Cela n'équivaut pas à une absence de responsabilité pénale, puisque la responsabilité se trouve transférée sur les épaules du délégataire, mais le mécanisme prouve que ce type de responsabilité n'est pas automatique et irréfragable mais laisse une possibilité de la combattre. Même si cette possibilité est très étroite, elle est néanmoins suffisante pour la rendre compatible avec l'article 121-1 du Code pénal, article posant le principe selon lequel nul n'est responsable qu'en raison de son propre fait. Cependant, les juges font traditionnellement preuve d'une extrême sévérité dans l'application de l'article 121-3 du Code pénal à l'égard des responsables politiques et économiques qui voient systématiquement leur responsabilité pénale retenue. Cela s'explique par le fait que le texte ne précise pas le mode d'appréciation des fautes non intentionnelles. Or, plus encore que la définition de la faute, c'est le mode d'appréciation retenu qui est essentiel et qui permet d'engager la responsabilité pénale.

B. Le mode d'appréciation *in concreto* privilégié

Les juges peuvent classiquement appliquer deux modes d'appréciation juridique. La faute non intentionnelle peut être appréciée *in abstracto*, mode d'appréciation retenu par les juges au lendemain de la réforme du Code pénal. Dans ce cas, le décideur voit son comportement jugé à l'aune d'une norme idéale de conduite. Présument de sa compétence, de sa connaissance et de sa maîtrise des normes, il lui devient impossible d'échapper à la qualification pénale et, par voie de conséquence, à sa responsabilité. En réaction à la sévérité de cette solution, la loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence a modifié la structure

même de l'article 121-3. Selon cette loi, le nouvel alinéa 3 définit la faute non intentionnelle, mais exige de la considérer si l'auteur « a accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ». Ainsi, le législateur impose au juge d'adopter un mode d'appréciation *in concreto*. La personne ne peut être sanctionnée que si le juge a évalué finement qu'elle a commis une faute alors qu'elle pouvait agir autrement. Et pour le déterminer, le juge prend en compte la compétence (la maîtrise intellectuelle et technique de la situation), l'autorité (l'autonomie à l'égard de sa hiérarchie, ainsi que la capacité à donner des ordres et à adopter des sanctions à l'égard des personnes placées sous ses ordres) et les moyens (de toute nature, qu'ils soient matériels, financiers, humains, etc.). La très grande majorité de la doctrine et de la jurisprudence considère que cette loi impose un mode d'appréciation *in concreto*, puisque la loi renvoie à « ses » compétences et moyens et à son autorité. Une petite partie d'auteurs estime, tout de même, que l'appréciation est toujours *in abstracto*, puisque la loi fait référence à ses « missions et fonctions ». Néanmoins, il peut être opposé que la loi tient compte de la situation concrète de fait, puisque les paramètres personnels sont pris en compte. L'appréciation *in concreto* l'a emporté dans la jurisprudence. Cependant, cela n'a pas suffi pour arrêter la sévérité croissante des juges. C'est la raison pour laquelle le législateur est intervenu une nouvelle fois.

La loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels a apporté une nouvelle modification à l'article 121-3 du Code pénal. Elle a introduit l'alinéa 4 qui distingue l'hypothèse de la causalité indirecte. L'auteur indirect est strictement défini et le dispositif vise exclusivement les personnes

physiques. Ces dernières peuvent commettre, soit une faute de commission, « *qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage* », soit une faute d'omission, « *ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter* ». La loi de 2000 est une loi plus douce, car les auteurs indirects n'engagent leur responsabilité pénale que lorsqu'ils commettent une faute qualifiée, donc plus lourde que la faute simple, suffisante dans le cadre de la causalité directe. Deux types de faute qualifiée sont prévus par la loi. D'une part, la faute délibérée est constituée par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement. D'autre part, la faute caractérisée repose sur l'exposition d'autrui à un risque d'une particulière gravité que la personne ne pouvait ignorer. Si les fautes sont strictement définies, le législateur n'a pas arrêté de mode d'appréciation juridique. La jurisprudence a cependant privilégié une appréciation *in concreto* calquée sur le modèle d'appréciation juridique imposé à la faute simple par l'alinéa 3.

Malgré les modifications rapprochées réalisées par les lois de 1996 et 2000, de nombreuses questions continuent de se poser. Elles affectent autant la définition ou l'appréciation de la faute non intentionnelle que le lien de causalité. Par exemple, la définition de la faute délibérée, restrictive du point de vue de sa source puisqu'elle doit nécessairement émaner de la loi ou du règlement, a fait l'objet de tentatives d'extension afin de l'élargir à d'autres sources, les circulaires ou les règlements intérieurs, en la rapprochant de la faute de mise en danger prévue à l'article 223-1 du Code pénal (proposition de loi relative à la délinquance d'imprudence et à une modification des dispositions de l'article 223-1 du Code pénal instituant le délit de « mise en danger délibérée de la personne d'autrui », présentée par MM. Pierre Fauchon, François

Zocchetto et Jean-René Lecerf le 11 janvier 2012 au Sénat). Mais si les réformes et les commentaires se focalisent souvent sur la faute, il convient de rappeler que la qualification pénale exige l'établissement d'un lien de causalité entre le dommage et la faute, qui constitue non seulement une condition *sine qua non* mais aussi un pré-requis.

C. La certitude du lien de causalité

Le dispositif mis en place par la loi du 10 juillet 2000 repose sur le critère du lien de causalité qui permet de distinguer les fautes exigées dans le cadre de la qualification pénale. La causalité directe se contente d'une faute simple, alors que la causalité indirecte exige une faute qualifiée. Le dispositif légal suscite essentiellement deux difficultés. La deuxième concerne l'absence de définition de la causalité directe, mais n'est pas affectée par l'actualité de la crise, donc peut être écartée. En revanche, la première difficulté tient au postulat de départ, qui n'est pas affirmé par le texte, mais reste valable.

Avant même de déterminer la nature du lien de causalité, directe ou indirecte, il convient de s'assurer de sa certitude. En effet, le lien de causalité doit être certain, nul ne peut être condamné sur le fondement de simples probabilités ou possibilités. La philosophie même de la procédure pénale exige que le doute profite à la personne poursuivie. Ainsi, la vérification de la certitude du lien de causalité devient la première étape de la qualification délictuelle. Si la certitude est entendue largement par la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui se contente de la démonstration d'une continuité, qui doit être à la fois juridique et logique, elle n'a pas une assise illimitée. Ses limites se manifestent plus particulièrement dans les hypothèses d'accident technique, scientifique, médical, etc.

L'arrêt de la Chambre criminelle du 20 novembre 2012 (n° 11-87.531, Bull. n° 251) refuse de caractériser les délits d'atteintes involontaires à l'intégrité de la personne ou d'homicide involontaire car « *il est, en l'état des connaissances scientifiques actuelles, impossible d'établir un lien de causalité certain entre les pathologies constatées et les retombées du panache radioactif de Tchernobyl* » (impossibilité d'établir la dose d'iode ingérée par chaque malade à la suite du passage du nuage radioactif causé par l'explosion de la centrale nucléaire soviétique afin de tracer un lien de causalité entre les maladies de la thyroïde et les cancers subis par certaines personnes).

Cependant, il ne faut pas pour autant en conclure que les domaines scientifiques et médicaux mettent à l'abri de la responsabilité pénale. Dans son arrêt emblématique du 19 avril 2017 (n° 16-80695, Bull. n° 107) relatif à l'amiante, la Chambre criminelle montre que l'évaluation du risque est compatible avec la certitude en se fondant sur les acquis de la science au moment des faits : « *alors que le risque de dommage auquel était exposé la victime doit être certain sans qu'il soit nécessaire que ce risque se soit réalisé de manière effective, en l'état des données de la science disponibles bien avant le temps de la prévention, le degré de probabilité de développer un cancer du poumon ou un cancer de la plèvre dans les 30 à 40 ans de l'inhalation de poussières d'amiante est certain, sans qu'il n'y ait ni effet de seuil, en deçà duquel il n'existerait aucun risque ni traitement curatif efficace* ».

Le déconfinement progressif mis en place à partir du 11 mai 2020 fait peser sur les autorités locales, en lien avec le préfet, et sur les employeurs, la mise en place des dispositifs de protection et prévention en vue d'éviter la propagation du virus et la contamination des personnes placées sous leur autorité. Dès lors,

en application des textes et de la jurisprudence pénale sévère, les décideurs politiques locaux et économiques se trouvaient soumis à une menace de responsabilité pénale accrue.

II. Une modification symbolique soumise aux principes généraux du droit pénal

Toute nouvelle contamination peut se trouver imputée à une faute dans la mise en place des nouvelles règles sanitaires. C'est la raison pour laquelle le Parlement s'est préoccupé de la modification ou de la précision des règles d'engagement de la responsabilité pénale des décideurs publics et privés dans le cadre de la crise sanitaire.

A. Hésitations entre technique juridique et politique criminelle

La commission des lois du Sénat, à l'initiative de son président, le sénateur Philippe Bas, a proposé un amendement « nul ne peut voir sa responsabilité pénale engagée du fait d'avoir, pendant la durée de l'état d'urgence sanitaire, soit exposé autrui à un risque de contamination par le coronavirus SARS-CoV-2, soit causé ou contribué à causer une telle contamination, à moins que les faits n'aient été commis soit intentionnellement, soit par imprudence ou négligence dans l'exercice des pouvoirs de police administrative spéciale attribués aux autorités de l'État au titre de l'état d'urgence sanitaire, soit en violation manifestement délibérée d'une mesure de police administrative prise à ce titre ou d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ». Cette disposition est inspirée par le fait que « seules les autorités étatiques, en effet, grâce à l'expertise scientifique mise à leur disposition, sont en mesure d'apprécier pleinement le risque épidémique et de prendre les mesures réglementaires ou

individuelles qui s'imposent pour l'endiguer. Il appartient aux autres personnes physiques et morales de se conformer aux mesures ainsi édictées, mais l'on ne saurait exiger d'elles davantage. Alors que le déconfinement de la population, la réouverture de certains services publics, la reprise de la plupart des activités économiques sont annoncés, il ne serait ni opportun ni équitable de faire peser un risque de condamnation pénale sur les élus, gestionnaires, chefs d'entreprise qui agiraient en conséquence tout en se pliant strictement aux mesures de police qui resteront en vigueur ainsi qu'aux règles particulières de prudence ou de sécurité, par exemple celles relatives à la santé au travail ». Son souci est de ne pas bloquer totalement le déconfinement en application du principe de précaution qui a prévalu pendant la période de confinement l'ayant précédé. Cependant, la formule appelle plusieurs observations. D'une part, si les infractions volontaires sont exclues de la modification, les infractions involontaires voient leur régime juridique éclaté. Les liens de causalité directe et indirecte sont également visés (les personnes qui ont « causé ou contribué à causer »), mais la hiérarchie des fautes semble modifiée. D'autre part, la faute simple d'imprudence ou de négligence dans « l'exercice des pouvoirs de police administrative prévus au chapitre 1^{er} bis du titre III du livre 1^{er} de la troisième partie du code de la santé publique » semble avoir absorbé le manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement qui est exactement l'hypothèse visée par le texte. Enfin, le texte ne limite pas le dispositif aux élus locaux, mais le généralise, permettant son application aux autres élus ou autorités publiques, ainsi qu'aux décideurs privés, donc aux employeurs. Cependant, son application est limitée dans le temps puisqu'il vise exclusivement la période de l'urgence sanitaire et ne peut s'étendre à des faits antérieurs.

Le dispositif est novateur mais manque de précision, car son articulation avec l'article 121-3 du Code pénal est difficile. Certains auteurs ont pu le considérer comme une tentative d'amnistie par avance constituant une initiative sans précédent en droit français.

Le garde des Sceaux a exprimé l'opposition du Gouvernement à l'adoption de cet amendement qui met en péril l'équilibre de la loi du 10 juillet 2000 en faisant valoir trois arguments. Le premier insiste sur le fait que la nouvelle rédaction semble supprimer la faute caractérisée des fautes non intentionnelles susceptibles de conduire à une qualification pénale. Le deuxième porte sur le risque de rupture d'égalité de tous les citoyens devant la loi pénale puisque deux personnes ayant adopté le même comportement ne se verraient pas appliquer les mêmes règles, selon qu'ils ont agi avant ou après le déclenchement de l'urgence sanitaire. Le troisième argument critique la distinction proposée entre les responsables de la police administrative, les préfets essentiellement, et les autres acteurs publics agissant dans le cadre de cette police puisque « le dispositif de la commission, tel qu'il est formulé, donne l'impression que le premier pourra être poursuivi pour imprudence ou négligence, alors que le second ne pourra l'être qu'en cas de violation manifestement délibérée d'une mesure de police administrative ». Cela conduit à déterminer la faute et son éventuelle qualification pénale en fonction du niveau de responsabilité et des fonctions de la personne et non plus en fonction de son comportement. Cependant, le Sénat a adopté ce dispositif.

L'analyse juridique de l'Assemblée nationale diffère, car la commission des lois souligne que, malgré le contexte exceptionnel de l'urgence sanitaire, il n'est pas possible d'atténuer ou d'exonérer

la responsabilité pénale des décideurs publics ou privés, mais « de préciser les circonstances que le juge peut être amené à prendre en compte pour apprécier *in concreto* la responsabilité des décideurs publics et privés ». L'article 121-3 du Code pénal se trouve complété par un avant-dernier alinéa prévoyant que « pour l'application des troisième et quatrième alinéas, il est tenu compte, en cas de catastrophe sanitaire, de l'état des connaissances scientifiques au moment des faits ». L'Assemblée nationale propose une disposition interprétative puisqu'elle se borne à rappeler une consigne d'interprétation *in concreto* qui, de surcroît, est déjà appliquée par la Cour de cassation. Il convient de juger le comportement d'une personne à l'aune des connaissances existant au moment des faits et pas des connaissances postérieures qui peuvent modifier l'appréhension technique, scientifique, médicale et, par voie de conséquence, juridique d'une situation. Cependant, dans un contexte politique polémique, avec l'irruption des scientifiques et médecins dans les cercles du pouvoir, pouvait se poser légitimement la question de la modification du droit commun, incarné par l'article 121-3 du Code pénal, dans un contexte de crise, ce qui privilégie des modifications dérogatoires, urgentes, provisoires.

B. Une solution classique adaptée à l'actualité

La commission mixte paritaire a trouvé une solution de compromis et proposé une nouvelle rédaction, inspirée, à la fois, de la philosophie du dispositif sénatorial et de la technique juridique préconisée par l'amendement retenu par les députés. Partant de la disposition interprétative introduite par l'Assemblée nationale au sein de l'article 121-3 du Code pénal, le sénateur Philippe Bas a proposé de l'inscrire au sein du Code de la santé publique en

demandant au juge de tenir compte d'un certain nombre de paramètres, mais en distinguant entre les autorités administratives et les élus locaux et employeurs. « Il faut donc bien distinguer ceux qui, dans leur fonction, disposent des informations, ceux qui disposent des moyens matériels et ceux qui n'ont ni les mêmes capacités d'appréciation ni les mêmes moyens matériels. » Cela permet d'adapter l'article 121-3 et la faute non intentionnelle au contexte particulier de la crise sanitaire en l'appréciant par rapport « aux circonstances et réalités ». La rapporteure pour l'Assemblée nationale, Madame Marie Guévenoux, était opposée à la distinction entre les décideurs publics au titre de leurs fonctions et souhaitait une appréciation fondée exclusivement sur les moyens à leur disposition. Si les discussions en commission paritaire ont été vives, le sénateur Alain Richard a proposé « de fonder la responsabilité pénale sur les compétences, le pouvoir et les moyens dont disposait l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que sur la nature de ses missions et de ses fonctions » pour mettre d'accord toutes les parties. Cette proposition a trouvé les faveurs nécessaires à son adoption, car elle répond aux besoins spécifiques de l'urgence sanitaire sans créer un régime spécifique, mais elle a fait le choix de ne pas se pencher précisément sur la responsabilité pénale des personnes morales, renvoyant au droit commun applicable en la matière. Ainsi, le texte présenté a été adopté et est devenu l'article L 3136-2 du Code de la santé publique qui dispose « L'article 121-3 du code pénal est applicable en tenant compte des compétences, du pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que de la nature de ses missions ou de ses fonctions, notamment en tant qu'autorité locale ou employeur ». Il s'agit d'une disposition interprétative imposant aux juges d'appliquer une appréciation *in concreto* de la faute non

intentionnelle dans le cadre de la crise sanitaire. Plus qu'une véritable réforme, c'est un geste symbolique d'apaisement qui est destiné essentiellement aux décideurs publics et privés.

En premier lieu, il est destiné aux maires qui se trouvent en première ligne de la décision et de la gestion de la crise sanitaire, alors que certains ont été confirmés ou prolongés dans leurs fonctions dans un contexte difficile (organisation du premier tour des élections municipales sans second tour). Il convient de mentionner que l'article L 2123-34 du Code général des collectivités territoriales, dans son premier alinéa, précise le régime juridique des maires : « sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 du code pénal, le maire ou un élu municipal le suppléant ou ayant reçu une délégation ne peut être condamné sur le fondement du troisième alinéa de ce même article pour des faits non intentionnels commis dans l'exercice de ses fonctions que s'il est établi qu'il n'a pas accompli les diligences normales compte tenu de ses compétences, du pouvoir et des moyens dont il disposait ainsi que des difficultés propres aux missions que la loi lui confie ». Ensuite, sont aussi touchés par ce texte les employeurs qui sont durement éprouvés par la crise sanitaire, économique et sociale en cours. La modification est clairement circonscrite au contexte de l'état d'urgence sanitaire et se trouve ainsi limitée *ratione materiae* (renvoi textuel à l'état d'urgence sanitaire) et *ratione temporis* (pendant cet état).

Malgré le consensus dégagé au sein de la commission mixte paritaire et des chambres du Parlement lors de l'adoption du texte, le Conseil constitutionnel a été saisi par le Président de la République, le Président du Sénat, un groupe de députés et un groupe de sénateurs.

Le Conseil constitutionnel a rendu sa décision le 11 mai 2020,

n° 2020-800 DC, de conformité partielle. Les dispositions de l'article L 3136-2 CSP étaient critiquées comme étant, d'une part, contraires au principe constitutionnel d'égalité devant la loi pénale en ce « qu'elles pourraient avoir pour effet d'exonérer certains "décideurs" de toute responsabilité pénale » et, d'autre part, « entachées d'incompétence négative dans la mesure où elles seraient imprécises quant aux faits auxquels elles sont susceptibles de s'appliquer et quant à la nature des moyens à la disposition de l'auteur des faits devant être pris en compte pour apprécier sa responsabilité ». Selon l'article 34 de la Constitution, seul le législateur peut fixer le domaine d'application de la loi pénale et, plus particulièrement, définir les crimes et les délits. À ce titre, il ne peut déléguer sa compétence à d'autres personnes.

Le Conseil constitutionnel a rejeté les deux griefs. D'une part, l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 dispose que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». Néanmoins, les conseillers rappellent que « ce principe d'égalité devant la loi pénale ne fait pas obstacle à ce qu'une différenciation soit opérée par le législateur entre agissements de nature différente ». D'autre part, l'article L 3136-2 CSP renvoie lui-même à l'article 121-3 du Code pénal, ce qui permet de constater que « les dispositions contestées ne diffèrent donc pas de celles de droit commun et s'appliquent de la même manière à toute personne ayant commis un fait susceptible de constituer une faute pénale non intentionnelle dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire ». Dans la mesure où elles ne contreviennent à aucune autre exigence constitutionnelle, elles sont déclarées conformes à la Constitution. Cependant, la disposition adoptée permet de formuler un certain nombre d'observations.

D'une part, la disposition a une portée symbolique et ne bouleverse pas l'ordre juridique. Les juges appliquent la méthode d'appréciation *in concreto*, pour toutes les fautes non intentionnelles, simples ou qualifiées. Si la loi du 11 mai 2020 va plus loin que l'article 121-3 du Code pénal qui impose formellement ce mode d'appréciation uniquement aux fautes simples, il est conforme à l'interprétation faite par la Cour de cassation, donc au droit appliqué. Les critères retenus par la loi de 2020 sont identiques à ceux imposés par le Code pénal puisqu'il convient de prendre en compte les paramètres fonctionnels (missions et fonctions) et circonstanciels (compétences, pouvoirs, moyens). D'autre part, la disposition ne trouve pas un champ d'application général illimité. L'article L 3136-2 CSP vise formellement « les autorités locales et les employeurs » qui sont les principaux bénéficiaires désignés et recherchés de cette loi, ainsi qu'en attestent les travaux parlementaires. Mais son bénéfice ne saurait s'y réduire puisque le dispositif vise « l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, notamment en tant qu'autorité locale ou employeur ». Il peut donc bénéficier à d'autres personnes, comme les responsables d'établissements médicaux, sociaux, hospitaliers, mais la question principale se pose de son application aux autorités politiques ayant le pouvoir de décision dans la politique de crise mise en œuvre. Dès le début, le Parlement a déclaré vouloir exclure de la loi les autorités nationales en charge de la crise. Le dispositif adopté par la loi de 2020 vise donc exclusivement les autorités chargées de l'exécution et de la mise en œuvre des mesures adoptées dans le cadre de la crise et ne saurait s'appliquer aux autorités chargées de la décision politique. Cela permet d'éteindre la polémique sur une éventuelle tentative d'amnistie du Gouvernement ou des responsables politiques.

C. D'autres dispositions pénales

La loi du 11 mai 2020 a adopté un certain nombre d'autres mesures relatives au droit pénal et à la procédure pénale.

Le déconfinement s'est accompagné d'obligations et interdictions spécifiques, mais reprenant le modèle utilisé pendant le confinement. Si les déplacements sont autorisés, ils sont limités dans l'espace ou dans le temps. Sur le fondement de l'article L 3131-15 CSP, modifié par la loi du 11 mai 2020, il est possible de réglementer ou interdire la circulation des personnes et des véhicules et réglementer l'accès aux moyens de transport et les conditions de leur usage. Le décret n° 2020-548 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire prescrit que tout déplacement de personne la conduisant à la fois à sortir d'un périmètre défini par un rayon de 100 kilomètres de son lieu de résidence et à sortir du département dans lequel ce dernier est situé, est interdit, à l'exception des déplacements pour des motifs professionnels, administratifs, familiaux et de santé. Des dispositions spécifiques sont adoptées pour la mobilité, qu'elle concerne le transport maritime, aérien ou automobile, restreignant l'accès et imposant le port du masque. Un dispositif original est mis en place en Île-de-France où les déplacements sont programmés selon des horaires spécifiques pour fluidifier et désengorger le transport aux heures de pointe. La violation de ces obligations reprend le dispositif de sanction prévu à l'article 3136-1 qui a été réformé par la loi du 23 mars 2020. Ainsi, la première violation entraîne une amende de quatrième classe, fixée à 135 euros selon la procédure forfaitaire. Si trois violations sont constatées dans un délai de trente jours, les faits peuvent être punis de 3 750 euros d'amende et de six mois d'emprisonnement.

Une attention particulière a été accordée à la détention provisoire et aux assignations à résidence sous surveillance électronique qui ont été prolongées par la loi du 23 mars 2020. Ainsi, la prolongation de plein droit des délais de détention provisoire n'est plus applicable aux titres de détention dont l'échéance intervient à compter de cette date et les détentions ne peuvent être prolongées que par une décision de la juridiction compétente prise après un débat contradictoire. Si l'échéance du titre de détention en cours, résultant des règles de droit commun du Code de procédure pénale, intervient avant le 11 juin 2020, la juridiction compétente dispose d'un délai d'un mois à compter de cette échéance pour se prononcer sur sa prolongation, sans qu'il en résulte la mise en liberté de la personne, dont le titre de détention est prorogé jusqu'à cette décision. Cette prorogation s'impute sur la durée de la prolongation décidée par la juridiction. En ce qui concerne les délais de détention au cours de l'instruction, cette durée est celle prévue par les dispositions de droit. Lorsque la détention provisoire au cours de l'instruction a été prolongée de plein droit pour une durée de six mois, cette prolongation ne peut maintenir ses effets jusqu'à son terme que par une décision prise par le juge des libertés et de la détention selon les modalités prévues à l'article 145 du Code de procédure pénale. La décision doit intervenir au moins trois mois avant le terme de la prolongation. Si une décision de prolongation n'intervient pas avant cette date, la personne est remise en liberté si elle n'est pas détenue pour une autre cause.

VIOLATION DU SECRET PROFESSIONNEL

Crim. 24 mars 2020, n° 19-89.909, publ. Bull., site de la Cour de cassation, n° 345

Des journaux quotidiens ont publié des articles relatifs à l'interpellation de deux personnes présentées comme « les plus gros tagueurs de ces dernières années ». Si certaines données objectives étaient révélées (le montant de la remise en l'état des rames de métro nécessitée par leurs dégradations est chiffré à 600 000 euros), la méthode choisie par la police qui a attendu de les interpellier en « flagrant délit » pour s'assurer de leur identité, les journaux ont aussi publié, entre guillemets, certains propos attribués au commandant de police en charge de l'enquête. Ce dernier ne conteste pas les faits, sauf l'utilisation d'une expression les qualifiant de « drogués du tag ». Une des deux personnes visées par ces propos porte plainte et se constitue partie civile, après le classement de sa plainte initiale, pour violation du secret de l'enquête et recel de ce délit. Le juge d'instruction dit qu'il n'y a pas lieu de poursuivre, approuvé par la chambre de l'instruction. La personne visée par les propos forme un pourvoi en cassation, ce qui permet à la Cour de cassation de revenir sur le champ d'application de la violation du secret professionnel.

L'article 11 du Code de procédure pénale impose le secret dans le cadre des procédures d'enquête et d'instruction. Il précise aussi que toute personne « qui concourt à rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause » est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal. Le premier de ces articles retient plus particulièrement l'attention en l'espèce, car il définit le délit de violation de secret professionnel comme la « révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire » et la punit d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Les juges

d'instruction ont refusé la qualification pénale de violation de secret professionnel en estimant que les propos publiés ne permettaient pas d'identifier les personnes mises en cause et constituaient de simples « commentaires » et pas des « révélations d'informations à caractère secret » et, par voie de conséquence, couvertes par le secret de l'enquête.

La Cour de cassation casse la décision de la chambre de l'instruction et invalide la subtile distinction entre « *commentaire* » et « *information* ». La clé de compréhension de l'arrêt réside dans le troisième alinéa de l'article 11 du Code de procédure pénale ajouté par la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. Cette disposition permet au procureur de la République de « rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause ». Le principe d'interprétation stricte limite ce droit de communication aux membres du ministère public et ne saurait bénéficier à d'autres personnes concourant à l'enquête, quelle que soit leur connaissance ou implication dans l'affaire. Mais la limitation n'est pas seulement une affaire de qualité légale, elle est aussi une contribution à la recherche de la vérité. Ainsi, ce droit de communication exceptionnelle a comme objectif assigné par la loi « d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public ». L'interprétation téléologique ne permettrait pas plus aux enquêteurs de communiquer des éléments couverts par le secret. Les « fenêtres d'information », nom consacré par la doctrine pénaliste, sont un moyen d'assurer l'ordre public et l'efficacité de la recherche de la vérité et ne sauraient se confondre avec les déclarations intempestives assurant une gloire éphémère.

Si la décision de la Cour de cassation est classique dans

l'appréciation juridique du cadre de l'enquête de police, elle appelle des observations.

D'une part, la qualification pénale se fait par un jeu de dominos d'obligations pénalement sanctionnées. Le Code pénal, article 226-13, définit le délit de violation de secret professionnel, rattaché à la nature de l'information (confidentielle), mais surtout au contexte de son obtention. Ce n'est pas tant la qualité de la personne qui entraîne la qualification pénale que le contexte dans lequel elle a pris connaissance de cette information. Le Code de procédure pénale, dans son article 11, soumet l'enquête de police au secret et renvoie au Code pénal. Par voie de conséquence, les enquêteurs concourant à l'enquête se trouvent soumis à l'obligation de confidentialité. Le commandant de police encadrant l'enquête ne pouvait échapper à la condamnation pénale dans ce cas. Mais d'autres questions sont permises. Que se passe-t-il lorsque les informations sont révélées par d'autres personnes que celles concourant à l'enquête ? L'article 11 ne trouverait pas à s'appliquer. Il serait envisageable d'appliquer dans ce cas l'article 226-13 de façon isolée. La profession a permis de prendre connaissance de certaines informations et l'obligation de confidentialité trouve sa source dans un autre cadre.

D'autre part, les décisions portant sur la violation du secret de l'enquête ou de l'instruction ou sur la violation du secret professionnel sont rares, comparées aux révélations diverses et variées qui émaillent les publications. Enquêteurs et magistrats déplorent le fait qu'ils apprennent certaines informations pour voie de publication avant même d'en recevoir communication officielle. Le secret des sources des journalistes étant solidement protégé depuis la loi du 4 janvier 2010, les investigations pénales couvertes par un secret absolu sont devenues très difficiles, en théorie, et quasiment impossibles, en pratique. La réalité commande de

constater que ce ne sont pas tant les informations confidentielles qui sont aujourd'hui protégées, mais surtout la déontologie. C'est l'identification de la source qui permet l'application de la loi pénale. Enfin, à l'heure de l'information instantanée et continue, se pose la question de la pertinence du maintien du secret de l'enquête et de l'instruction pénalement protégé face à une montée en puissance du droit du public à l'information et d'une protection de plus en plus forte des journalistes et de la presse.

JUIN 2020



CREOGN
CENTRE DE RECHERCHE
DE L'ÉCOLE DES OFFICIERS DE LA GENDARMERIE NATIONALE

RESPONSABILITÉ PÉNALE DU REPRÉSENTANT LÉGAL D'UNE PERSONNE MORALE – CONTRAVENTION ROUTIÈRE

Crim. 21 avril 2020, n° 19-86467, publ. Bull

L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 21 avril 2020 revient sur la question de responsabilité du titulaire du certificat d'immatriculation d'un véhicule ayant servi à commettre une contravention, alors même qu'il n'est pas l'auteur véritable de l'infraction. La question est d'autant plus complexe que s'entremêlent plusieurs types de responsabilités et que les personnes qui sont attirées dans les liens du droit pénal sont déterminées par des mécanismes divers. Si la décision précise le régime juridique de la responsabilité pénale, l'importance de cette décision ne peut être comprise sans approfondir la responsabilité pécuniaire, tant le système mis en place par le Code de la route est complexe, mais redoutablement efficace.

En l'espèce, un avis de contravention a été adressé au représentant légal d'une entreprise pour l'excès de vitesse commis au moyen d'un véhicule immatriculé au nom de l'entreprise. Le représentant légal n'a pas fourni l'identité et l'adresse de la personne physique conductrice du véhicule. Il a reçu un nouvel avis pour contravention fondé sur la violation de l'article L 121-6 du Code de la route faisant obligation de fournir ces éléments. Faisant opposition au paiement de l'amende, il est cité devant le tribunal de police. Ce dernier considère l'infraction non constituée, donc se déclare non saisi. Il fonde sa décision sur des dispositions formelles (« la foi due aux procès-verbaux en vertu de l'article 537 du code de procédure pénale ne s'attache qu'aux constatations matérielles qui y figurent

et non aux déductions qui en sont tirées par leurs auteurs, les agents verbalisateurs devant rapporter les constatations de nature à caractériser l'infraction qu'ils relèvent ») et substantielles (absence de base légale), mais seules ces dernières retiennent notre attention. La Cour de cassation rejette le pourvoi et apporte une importante précision quant au domaine d'application de la contravention définie à l'article L 121-6 du Code de la route.

Si la décision se fonde exclusivement sur l'article L 121-6 et s'attache à la responsabilité pénale, son articulation et son importance ne peuvent être comprises que si on regarde globalement le système de détermination de la personne responsable. Il est ainsi nécessaire de reprendre la totalité des mécanismes des articles L 121-1 et suivants du Code de la route, relatifs à la responsabilité pécuniaire ou pénale du titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule. Alors même que la nature de ces types de responsabilités est différente, déterminant des régimes juridiques distincts, le Code de la route décide de les traiter dans une seule section intitulée, de surcroît, « Responsabilité pénale », alors que l'enjeu essentiel est de les distinguer. La responsabilité pécuniaire déclenche des conséquences étrangères et impossibles à la responsabilité pénale.

I. La responsabilité pécuniaire née de la contravention routière

La commission d'une contravention routière fait naître deux types de sanctions. D'une part, un retrait de points sur le permis de conduire, considéré comme une sanction pénale, et relevant de la responsabilité pénale. D'autre part, le paiement d'une amende qui fait naître une responsabilité pécuniaire et qui échappe aux principes du droit pénal. Dans le cas de la commission de la

contravention avec un véhicule d'entreprise, il semble possible de dissocier ces deux types de responsabilités et le Code de la route met en œuvre un dispositif original exclusivement applicable à la responsabilité pécuniaire.

A. Une responsabilité pécuniaire par imputation indirecte

Le Code de la route met en place un système de responsabilité pénale personnelle, compatible avec les principes généraux du droit pénal, mais prévoit des dispositions spéciales pour les salariés. L'article L 121-1 du Code de la route prévoit que « le conducteur d'un véhicule est responsable pénalement des infractions commises par lui dans la conduite dudit véhicule », dans le plus strict respect de la responsabilité pénale individuelle imposée par l'article 121-1 du Code pénal selon lequel « nul n'est responsable que de son propre fait ». Néanmoins, l'alinéa 2 de l'article L 121-1 du Code de la route admet un tempérament permettant que, lorsque le conducteur a agi en qualité de préposé, le paiement des amendes soit, en totalité ou en partie, mis à la charge du commettant. En déclinaison de cet aménagement, les articles suivants articulent le dispositif de responsabilité pécuniaire du commettant afin d'éviter l'introduction d'une responsabilité pénale du fait d'autrui, incompatible avec la responsabilité pénale individuelle, principe à valeur constitutionnelle. Ainsi, la loi du 3 janvier 1972 de simplification de la procédure en matière de contraventions limite le dispositif aux contraventions de faible gravité et se retrouve, en substance, à l'article L 121-2, dernier alinéa : « lorsque le certificat d'immatriculation du véhicule est établi au nom d'une personne morale, la responsabilité pécuniaire prévue au premier alinéa incombe, sous les mêmes réserves, au représentant légal de cette personne morale ». Par la suite, le législateur a élargi le domaine de

ce type de responsabilité pécuniaire du titulaire du certificat d'immatriculation aux contraventions relatives à la vitesse et à la sécurité, allant jusqu'aux infractions les plus graves, puisque la loi n° 99-505 du 18 juin 1999 portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs, permet de l'appliquer aux contraventions de 5^e classe, selon l'article L 121-3 du Code de la route. Le Conseil constitutionnel, dans une décision fondamentale du 16 juin 1999, n° 99-411 DC, a validé ce dispositif s'apparentant à une présomption de culpabilité, aux motifs qu'il est strictement circonscrit à la matière contraventionnelle, dès lors qu'il ne revêt pas « de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité ».

Si ce dispositif a été conçu pour optimiser la répression des contraventions routières et éviter que le sentiment d'impunité des auteurs se développe, notamment dans le cadre de la conduite de véhicules professionnels, il doit être conforme aux principes généraux du droit pénal. Sa nature et son régime juridique sont essentiels, à cet égard.

D'une part, l'article L 121-3 du Code de la route précise que la responsabilité mise à la charge du titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule est une responsabilité exclusivement pécuniaire (alinéa 1^{er}, « il est redevable pécuniairement de l'amende encourue »), exclusive de la responsabilité pénale (alinéa 2, « n'est pas pénalement responsable de l'infraction »). En effet, la responsabilité pénale est strictement personnelle et ne peut affecter que la personne ayant matériellement commis l'acte, sauf exception légale. En revanche, la responsabilité pécuniaire est ici imputée indirectement au propriétaire du véhicule ayant servi à

commettre l'infraction, sans déclencher des effets sur sa situation pénale. L'article en tire certaines conséquences du point de vue de son régime juridique – l'infraction n'est pas inscrite au casier judiciaire, n'est pas prise en compte pour la récidive et ne donne pas lieu à la sanction pénale qui consiste en un retrait de points, ne permet pas l'application des règles de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende. Ces règles sont également applicables à l'article L 121-1 du Code de la route. La Cour de cassation veille à l'application stricte de ces règles et précise que le dispositif contenu dans le Code de la route n'affecte pas la responsabilité pénale et ne constitue, en aucun cas, une présomption de culpabilité (Crim. 5 décembre 2007, n° 07-82797 ; Crim. 3 mai 2007, n° 06-88824 ; Crim. 25 janvier 2011, n° 10-85626 ; Crim. 18 sept. 2012, n° 10-88027).

Dès lors, la Cour de cassation, saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les articles L 121-2 et L 121-3 du Code de la route, a refusé de les transmettre au Conseil constitutionnel en considérant « que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que la disposition légale critiquée ne porte pas atteinte au principe de la présomption d'innocence, dès lors que des présomptions de culpabilité peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, lorsqu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable et qu'est assuré le respect des droits de la défense, qu'elle ne méconnaît pas l'interdiction des peines automatiques et qu'elle ne porte atteinte ni au principe de nécessité des peines posé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ni au principe de personnalité des peines et de responsabilité personnelle, dès lors que le refus de fournir des renseignements permettant d'identifier l'auteur véritable de l'infraction s'analyse en un refus de contribuer à la manifestation de la vérité ou en un défaut de vigilance dans la garde du

véhicule » (Crim. QPC 5 janvier 2011, n° 10-90113). Si la nature de la responsabilité pécuniaire a été clairement affirmée par la loi et la jurisprudence, le régime des amendes mises à la charge des dirigeants lorsque le véhicule qui avait servi à la commission de l'infraction était immatriculé au nom de la personne morale a posé de nombreuses difficultés.

B. La responsabilité spéciale des dirigeants pour les infractions routières commises par leurs salariés

Le Code de la route permet de faire peser l'exécution de l'amende sur les épaules du représentant légal de la personne morale titulaire du certificat d'immatriculation, ce qui pose un défi majeur en droit pénal. Si la règle peut paraître en contradiction totale avec le principe général de la responsabilité pénale individuelle, elle s'explique par l'application combinée de trois catégories de dispositions.

D'une part, le Code pénal de 1992 a introduit la responsabilité pénale des personnes morales à l'article 121-2. Elle peut être retenue lorsque l'infraction est commise pour le compte de la personne morale par un de ses organes ou représentants. Si la définition de la première condition est large, les juges se doivent de vérifier la qualité d'organe (de droit) ou de représentant (de droit ou de fait, en vertu d'une délégation de pouvoir spéciale ou implicite) de la personne physique ayant matériellement commis l'infraction. Si le véhicule, moyen de commission de la contravention routière, appartient à la personne morale, dans l'immense majorité des cas, le salarié n'a pas la qualité de représentant de la personne morale et ne peut engager la responsabilité pénale de cette dernière.

D'autre part, dans un arrêt de principe rendu par la Chambre criminelle 28 février 1956, la Cour de cassation a énoncé un principe

général de responsabilité pénale personnelle indirecte : « si en principe, nul n'est passible de peines qu'en raison de son fait personnel, la responsabilité pénale peut cependant naître du fait d'autrui dans les cas exceptionnels où certaines obligations légales imposent le devoir d'exercer une action directe sur les faits d'un auxiliaire ou d'un subordonné... la responsabilité pénale remonte essentiellement aux chefs d'entreprise à qui sont personnellement imposés les conditions et le mode d'exploitation de leur industrie. » Le chef d'entreprise est personnellement responsable de l'infraction matériellement commise par un de ses préposés, car il n'a pas veillé à la suffisante mise en œuvre des règles permettant d'en empêcher la commission. Sa responsabilité est indirecte et peut se cumuler avec celle de l'auteur matériel. Afin d'éviter toute difficulté de détermination de l'articulation des responsabilités pénales, le Code de la route a déterminé une règle différente pour la responsabilité pécuniaire, jouant sur sa nature différente de la responsabilité pénale.

Enfin, s'inspirant de cette philosophie, le Code de la route décide que lorsque « le certificat d'immatriculation du véhicule est établi au nom d'une personne morale, la responsabilité pécuniaire prévue au premier alinéa incombe, sous les mêmes réserves, au représentant légal de cette personne morale ». Cela signifie que la responsabilité pécuniaire remonte au dirigeant, qui est le représentant légal de la société, mais que la nature et le régime juridique de la responsabilité restent inchangés et relèvent de la responsabilité pécuniaire, pas de la responsabilité pénale.

La combinaison de ces trois dispositifs fait naître une difficulté. Le certificat d'immatriculation est au nom de la personne morale, mais la responsabilité pénale de cette dernière ne peut être engagée, puisque les conditions font défaut, notamment la qualité de représentant de l'auteur matériel de l'infraction. En même temps, la

responsabilité pénale du dirigeant est difficilement envisageable dans la mesure où il ne peut agir directement dans le cadre de la commission de l'infraction. Pour éviter l'échec du paiement des amendes, le Code de la route a introduit le dispositif consistant à considérer le commettant comme pécuniairement redevable de l'amende prononcée pour la contravention commise par son préposé. La disposition spéciale de l'article L 121-3 du Code de la route renvoie aux autres articles de ce type, notamment L 121-2, et devient la solution générale en la matière.

Cependant, la responsabilité pécuniaire indirecte est une responsabilité alternative et nullement cumulative. En l'absence d'identification de l'auteur de la contravention, qui est donc le responsable naturel de l'infraction commise, une obligation pécuniaire pèse sur le commettant, qui vient se substituer au paiement de l'amende. Mais il n'est pas possible de cumuler les deux responsabilités pécuniaires, comme dans le cadre de la responsabilité pénale classique. Le paiement de l'amende par l'une de ces deux personnes éteint l'obligation de l'autre. Le dispositif est tourné vers l'efficacité du recouvrement des sanctions financières. La responsabilité pécuniaire, reposant sur le décideur économique, le dirigeant de la société, garantit son paiement compte tenu de sa solvabilité supposée. Mais la présomption de responsabilité pécuniaire appliquée à une contravention, donc en matière pénale, ne peut être irréfragable, cette incompatibilité étant énoncée par une jurisprudence concordante et constante du Conseil constitutionnel, de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour de cassation.

Dès sa version initiale, le Code de la route a veillé au respect de cette condition, mais en ordre dispersé. L'article L 121-2 du Code de la route transfère la responsabilité pécuniaire au titulaire du

certificat d'immatriculation du véhicule, sauf s'il établissait l'existence d'un événement de force majeure ou s'il fournissait « des renseignements permettant d'identifier l'auteur véritable de l'infraction ». Cependant, l'article L 121-3 du Code de la route laissait la possibilité au titulaire du certificat d'immatriculation de s'exonérer de sa responsabilité pécuniaire en établissant l'existence d'un vol ou de tout autre événement de force majeure ou en apportant « tous éléments permettant d'établir qu'il n'est pas l'auteur véritable de l'infraction ». Si le cas de la force majeure était substantiellement le même, la deuxième possibilité d'exonération est très différente, car dans un cas, il suffit de démontrer que l'on n'a pas commis l'infraction, alors que, dans l'autre cas, pèse sur la personne une obligation positive de fournir l'identité de l'auteur véritable de l'infraction.

Mais la confusion est aggravée par le fait que l'article L 121-3, alinéa 3, renvoie expressément aux alinéas 2 et 3 de l'article L 121-1. La Cour de cassation, dans un arrêt de revirement abondamment commenté, rendu le 26 novembre 2008, n° 08-83003, Bull. n° 240, a décidé, dans le cadre d'une contravention d'excès de vitesse, qu'il « résulte de la combinaison des articles L. 121-2 et L. 121-3 du code de la route que le représentant légal d'une personne morale est redevable pécuniairement de l'amende encourue pour les contraventions à la réglementation sur les vitesses maximales autorisées, commises avec un véhicule immatriculé au nom de cette personne morale, à moins qu'il n'établisse l'existence d'un événement de force majeure ou qu'il ne fournisse des renseignements permettant d'identifier l'auteur véritable de l'infraction ». Aussi étonnant que cela puisse paraître, la Chambre criminelle décide d'appliquer au représentant légal les règles prévues à l'article L 121-2, alors qu'on est dans le cadre de contraventions d'excès de vitesse, donc régies par l'article L 121-3 et

que ce dernier renvoie aux alinéa 2 et 3 de l'article L 121-2, alors que la Cour de cassation applique ici l'alinéa 1^{er}. Ainsi, elle alourdit considérablement le fardeau pesant sur les représentants légaux des personnes morales sur lesquels pèse une obligation positive générale d'apporter des preuves permettant d'identifier l'auteur de l'infraction. Si cela assure une plus grande efficacité aux amendes contraventionnelles en matière routière, elle aboutit à une interprétation *contra legem* qui peut être sévèrement critiquée parfois (voir pour cela Crim. 1^{er} septembre 2010, n° 09-83055, retenant la responsabilité pénale du dirigeant d'une société de pompes funèbres pour un excès de vitesse commis par un corbillard, alors qu'il avait fourni la preuve d'un handicap qui l'affligeait et rendait impossible la conduite de tout véhicule au motif que cette circonstance prouvait seulement qu'il n'était pas le conducteur mais ne fournissait pas d'élément sur la personne pénalement responsable de l'infraction).

Afin de mettre fin à toute critique et hésitation, la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et clarification du droit et d'allègement des procédures a consacré la jurisprudence de la Cour de cassation. L'article 121-3, alinéa 3, du Code de la route est modifié et renvoie directement à l'article L 121-2 en obligeant le représentant légal de la personne morale titulaire du certificat d'immatriculation de fournir « des renseignements permettant d'identifier l'auteur véritable de l'infraction » afin de s'exonérer de sa responsabilité pénale. Cela crée un mécanisme de responsabilité pécuniaire à deux vitesses pour les contraventions prévues à l'article L 121-3 du Code de la route. Lorsque le titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule ayant commis l'infraction routière est une personne physique, il peut s'exonérer de sa responsabilité pénale en prouvant qu'il n'est pas l'auteur véritable de l'infraction (article L 121-3, alinéa 1^{er}). Mais lorsque le titulaire du certificat

d'immatriculation est une personne morale, le représentant légal, qui est une personne physique et qui est expressément désigné comme responsable pécuniaire de l'amende, ne peut s'exonérer de cette responsabilité qu'en fournissant les éléments permettant d'identifier l'auteur véritable de la contravention (article L 121-3, alinéa 3, renvoi à l'article L 121-2, alinéa 1^{er}).

Sans même souligner l'opacité du système et son peu de lisibilité, plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité ont critiqué ce dispositif. La Chambre criminelle a toujours refusé de les transmettre au Conseil constitutionnel pour absence de caractère sérieux. D'une part, « la disposition légale critiquée ne porte pas atteinte au principe de la présomption d'innocence, dès lors que des présomptions de culpabilité peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, lorsqu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable et qu'est assuré le respect des droits de la défense » (Crim. 5 janvier 2011, n° 10-90112). D'autre part, elle est conforme au principe de nécessité des peines et « au principe de personnalité des peines et de responsabilité personnelle, dès lors que le refus de fournir des renseignements permettant d'identifier l'auteur véritable de l'infraction s'analyse en un refus de contribuer à la manifestation de la vérité ou en un défaut de vigilance dans la garde du véhicule » (Crim. 5 janvier 2011, n° 10-90113). La Chambre criminelle justifie ainsi la responsabilité pécuniaire indirecte en la fondant sur une faute personnelle du titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule.

Qu'il s'agisse des nouvelles dispositions issues de la loi du 12 mai 2009 ou de la jurisprudence de 2008, ces dispositions sont plus sévères et aggravent incontestablement le sort de la personne pécuniairement responsable de l'amende lorsque la véhicule appartient à une personne morale. La Chambre criminelle elle-

même admet cette analyse dans un arrêt du 15 septembre 2010 (n° 09-87326, Bull. n° 135). Les juges du fond avaient refusé l'application de ces nouvelles dispositions, en vertu du principe de non-rétroactivité de la loi de fond plus sévère. La Cour de cassation a censuré le raisonnement des juges puisque « l'amende encourue par la personne redevable pécuniairement au sens de l'article L. 121-3 du code de la route, ne constitue pas une peine et que les dispositions nouvelles modifiant ledit article et prévoyant un régime différent d'exonération des redevables de cette amende ayant la qualité de représentants légaux d'une personne morale, sont applicables même aux infractions commises antérieurement ». Incidemment, la Chambre criminelle admet donc le caractère plus sévère de ces dispositions qu'elle applique indirectement aux représentants légaux de personnes morales. Ce faisant, elle prend le risque d'une rupture d'égalité entre les redevables pécuniaires qui verraient leur responsabilité engagée pour les contraventions commises par autrui avec le véhicule immatriculé à leur nom. Le responsable légal d'une personne morale, qui est par essence une personne physique, subit une rigueur plus grande que la personne physique qui voit sa responsabilité engagée directement sans passer par l'écran de la personnalité morale.

Cependant, la Cour de cassation veille à ne pas travestir la nature de la responsabilité mise en œuvre. Ainsi, le dispositif déclenche une responsabilité applicable aux personnes physiques, pas morales, ce qui signifie que l'amende ne peut pas être multipliée par cinq, conformément aux règles de droit pénal général (Crim. 12 mai 2010, n° 10-80031, Bull. n° 83). Il convient aussi de le limiter à son cadre naturel afin de ne pas prendre le risque de l'étendre à l'infini.

Le dispositif juridique est intéressant, mais constitue une exception aux principes généraux de droit pénal, raison pour laquelle la

responsabilité pénale bénéficie d'un régime juridique différent, même si le législateur s'efforce d'aboutir à un résultat répressif également sévère.

II. La responsabilité pénale soumise aux principes généraux du droit pénal

La responsabilité pénale naît uniquement de la participation personnelle à la commission de l'infraction, que cette dernière soit matérielle ou morale, entière ou minimale, directe ou indirecte. En l'absence de transfert possible, comme dans le cadre de la responsabilité pécuniaire, le législateur peut la déclencher par la violation d'une obligation assortie de sanction pénale. Ce faisant, il s'inscrit dans une démarche légaliste traditionnelle, ce qui déclenche l'application des principes généraux du droit pénal.

A. La responsabilité pénale des dirigeants pour non-transmission de l'identité de l'auteur de la contravention

Afin d'accentuer ce tournant répressif, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle améliore la répression de certaines infractions routières en simplifiant et en accélérant la sanction. Ainsi, cette loi crée une nouvelle obligation imputable aux représentants légaux des personnes morales afin de lutter contre le sentiment d'impunité des auteurs d'infractions routières qui conduisent un véhicule appartenant à la société qui les emploie. Un nouvel article L 121-6 est introduit dans le Code de la route disposant : « Lorsqu'une infraction constatée selon les modalités prévues à l'article L 130-9 a été commise avec un véhicule dont le titulaire du certificat d'immatriculation est une personne morale ou qui est détenu par

une personne morale, le représentant légal de cette personne morale doit indiquer, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou de façon dématérialisée, selon des modalités précisées par arrêté, dans un délai de quarante-cinq jours à compter de l'envoi ou de la remise de l'avis de contravention, à l'autorité mentionnée sur cet avis, l'identité et l'adresse de la personne physique qui conduisait ce véhicule, à moins qu'il n'établisse l'existence d'un vol, d'une usurpation de plaque d'immatriculation ou de tout autre événement de force majeure ». À défaut, le représentant de la personne morale encourt une amende pour contravention de quatrième classe.

Le domaine d'application de cette obligation d'identification et de dénonciation spontanée de l'auteur de l'infraction a été élargi par la modification de l'article L 130-9 du Code de la route qui ne vise plus exclusivement les infractions « relatives à la vitesse des véhicules, aux distances de sécurité entre véhicules, au franchissement par les véhicules d'une signalisation imposant leur arrêt, au non-paiement des péages ou à la présence de véhicules sur certaines voies et chaussées » constatées par des appareils de contrôle automatique, mais renvoie à une liste d'infractions fixée par décret en Conseil d'État, liste qui pourra être large, souple et évolutive.

Il convient de souligner que cette loi modifie substantiellement le mécanisme puisqu'il ne s'agit plus d'un transfert de la responsabilité pécuniaire, mais d'une responsabilité pénale du fait propre. En effet, l'article 121-6 oblige le représentant légal d'indiquer précisément l'identité de l'auteur de l'infraction. En cas contraire, il commet une contravention de quatrième classe. Il n'est donc plus responsable de l'infraction routière commise par le salarié de la société, mais d'une infraction de non-dénonciation qui lui est directement imputable. Le dispositif appelle trois remarques. D'une part, l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article L 121-6 (fournir

l'identité et l'adresse de l'auteur de la contravention) est plus sévère que dans les articles L 121-2 (fournir des éléments permettant d'en identifier l'auteur) ou L 121-3 (établir que l'on n'a pas été l'auteur véritable de l'infraction). D'autre part, la nature de la responsabilité a changé. Si les articles L 121-2 et L 121-3 régissent la responsabilité pécuniaire, l'article L 121-6 fait naître une responsabilité pénale. Enfin, et par voie de conséquence, le régime juridique de la responsabilité née de l'article L 121-6 est différent, car il ne supporte pas de transfert, il est strictement personnel, et repose sur le propre fait du représentant légal, devenu auteur de l'infraction.

La modification de la nature et du régime juridique de la responsabilité pénale du représentant légal de la personne morale titulaire ou détentrice du véhicule entraîne l'application de l'interprétation stricte du dispositif légal.

B. L'interprétation stricte de la responsabilité pénale

Si l'objectif commun du législateur et des juges a été de renforcer la répression des contraventions routières et d'éviter les carences en cas d'écran ou d'intermédiation dans la propriété ou l'utilisation des véhicules ayant servi à la commission de l'infraction, cette volonté trouve ses limites en droit pénal. Si la responsabilité pécuniaire prévue par les articles L 121-2 et L 121-3 pouvait être transférée de l'auteur véritable au redevable pécuniairement, en aucun cas la responsabilité pénale ne saurait suivre ce mécanisme. Ainsi, l'article L 121-6 crée une nouvelle infraction et vise expressément le responsable légal de la société qui est auteur matériel de l'infraction en étant désigné *ès qualité*. Dès lors, ce mécanisme est soumis aux principes généraux du droit pénal.

Le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, corollaire naturel

de la légalité pénale, donc principe à valeur constitutionnelle, imposé par l'article 111-4 du Code pénal, fait obligation au juge d'appliquer les incriminations et la responsabilité dans le cadre des conditions fixées par le texte. L'article L 121-6 du Code de la route fixe certaines conditions formelles de dénonciation de l'identité de l'auteur de la contravention routière, mais surtout, il détermine le champ d'application de l'obligation (lorsque la contravention est commise « avec un véhicule dont le titulaire du certificat d'immatriculation est une personne morale ou qui est détenu par une personne morale ») et la personne pénalement responsable en cas de violation de l'obligation (« *le représentant légal* »). Si nul ne conteste certaines conditions (les contraventions routières, l'utilisation d'un véhicule), certaines circonstances soulèvent des questions juridiques plus âpres. Ainsi, la Cour de cassation avait pu préciser que le transfert de la responsabilité pécuniaire ne peut viser que le représentant légal, à l'exclusion du représentant délégataire, dont la qualité serait tirée d'une délégation de pouvoirs (Crim. 13 octobre 2010, n° 10-81575, Bull. n° 159). L'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 21 avril 2020 s'inscrit dans cette même inspiration.

L'article L 121-6 s'applique exclusivement à une personne morale, de telle sorte qu'en l'absence de la preuve de cet élément, son responsable légal ne saurait être poursuivi. Ce motif s'appuie sur deux arguments d'ordre général enchaînés de façon logique par le tribunal de police.

Le premier est le principe de légalité « des délits et des peines », fondement de notre système répressif. Sans même viser l'article 111-1 du Code pénal ou les textes à valeur constitutionnelle figurant dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (article 8) ou dans le corps même de la Constitution de 1958 (les

articles 34 et 37), les juges rappellent que « pour qu'un acte soit une infraction pénale, un texte législatif ou réglementaire doit le prévoir ». Garantie contre l'arbitraire, clé de voûte du système français, ce principe produit des effets radicaux. Nulle répression n'est possible en l'absence d'un fondement légal ou réglementaire. La précision de la dualité des sources est importante ici, car nous sommes dans le domaine contraventionnel, relevant normalement du pouvoir réglementaire, même s'il est possible de remarquer que la contravention de non-fourniture de l'identité de l'auteur de l'infraction est prévue par la partie législative du Code de la route, puisqu'elle figure à l'article L 121-6.

Le second argument est le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, corollaire naturel de la légalité pénale et sa suite logique. S'il est prévu à l'article 111-4 du Code pénal, ce principe s'impose au législateur et au juge, car il a valeur constitutionnelle. Ainsi, la responsabilité pénale ne peut déborder le cadre légal prévu. Même si le principe n'est pas expressément visé, l'arrêt reprend l'argument du tribunal de police qui considère que « l'obligation de désignation résultant de l'article L. 121-6 du code de la route pèse sur le représentant d'une personne morale, laquelle est une entité qui dispose de la personnalité juridique ». Pour appliquer la responsabilité pénale née de la violation de l'obligation faite par le Code de la route, le juge pénal doit vérifier la réunion de deux conditions. D'une part, le champ d'application du dispositif est strictement limité aux personnes morales. Seules les entités bénéficiant d'une personnalité juridique remplissent cette condition. La distinction entre les entreprises, désignant les entités sans personnalité juridique, et les sociétés, personnes morales, prend ici tout son sens. La Chambre criminelle exige l'établissement de la qualité juridique de la personne morale, condition préalable de

l'application de l'incrimination de l'article L 121-6 du Code de la route. L'apport majeur de l'arrêt rendu le 21 avril 2020 réside dans l'exclusion du champ d'application de cette infraction les entrepreneurs individuels et toutes les entités ne disposant pas de la personnalité juridique.

D'autre part, la responsabilité pénale vise le représentant légal de la personne morale ès qualité. En l'absence de la personnalité juridique de la structure, l'obligation faite par l'article L 121-6 de fournir l'identité de l'auteur matériel de la contravention routière ne peut s'appliquer. Par voie de conséquence, s'il n'y a pas de personne morale, il n'y a pas de représentant légal de cette dernière. La Cour de cassation avait déjà refusé le transfert de la responsabilité pécuniaire au délégataire de pouvoirs, puisque le représentant légal était expressément désigné (Crim. 13 octobre 2010, n° 10-81575, Bull. n° 159). Elle ne saurait, d'autant plus, accepter une interprétation extensive du dispositif applicable à la responsabilité pénale née de l'article L 121-6 du Code de la route.

L'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 21 avril 2020 a suscité un vif intérêt des professionnels, en général, et pas seulement des juristes. Il aura des prolongations en droit pénal, dont certaines sont perceptibles dans la décision, alors que d'autres relèvent de la politique pénale et semblent plus obscures à l'heure actuelle.

En premier lieu, certaines conséquences découlent directement ou indirectement de la décision de la Cour de cassation. Du point de vue procédural, la charge de la preuve de l'infraction de non-fourniture de l'identité du conducteur et la responsabilité pénale du responsable légal de la personne morale pèsent sur le ministère public représentant l'accusation. Ce dernier se doit de produire des éléments probants et convaincants et ne saurait se contenter de vérifications rapides et sommaires. En l'espèce, le ministère public a

produit l'immatriculation du véhicule avec un numéro SIRET et une consultation Infogreffe précisant que le prévenu exerçait en tant qu'entrepreneur individuel. Le tribunal de police avait exigé, pour sa part, une copie du certificat d'immatriculation et un relevé K-bis justifiant de l'inscription de l'entreprise au Registre du commerce et des sociétés.

En second lieu, l'arrêt du 21 avril 2020 renforce la distinction entre les mécanismes relatifs à la responsabilité pécuniaire et la responsabilité pénale. Si la responsabilité pécuniaire a pu être extensivement interprétée par la Chambre criminelle depuis 2008, confortée par le législateur, tel ne peut pas être le cas de la responsabilité pénale qui reste strictement soumise aux principes généraux de la matière répressive. Si la responsabilité pécuniaire a été constamment favorisée, par l'application des amendes forfaitaires, par l'application de la règle du quintuple aux personnes morales, la responsabilité pénale ne saurait être étendue à l'infini ! Le législateur doit opérer un choix qui ne relève plus de la technique juridique mais de la politique pénale. S'il souhaite instaurer une responsabilité pénale sur le modèle de l'article L 121-6 du Code de la route applicable en dehors des personnes morales, il devra concevoir une nouvelle incrimination (sur le même modèle, mais avec un champ d'application différent) ou modifier substantiellement le domaine d'application de l'infraction existante (supprimer la condition de représentant légal et de personne morale, avec la difficulté de trouver des critères pertinents). Nul doute, l'avenir proche offrira des pistes de réflexion en la matière.

AFFAIRE MERAH : REJET DU POURVOI D'ABDELKADER MERAH CONTRE L'ARRÊT DE CONDAMNATION

Crim. 22 avril 2020, n° 19-83475, inédit

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par Abdelkader Merah contre l'arrêt de Cour d'assises spécialement composée le condamnant à trente ans de réclusion criminelle, avec une période de sûreté des deux tiers, pour complicité d'assassinats et de tentative d'assassinat en relation avec une entreprise terroriste, complicité d'assassinats et de tentatives d'assassinats commis en raison de l'appartenance à une religion et en relation avec une entreprise terroriste, vol en réunion et en relation avec une entreprise terroriste, et association de malfaiteurs à caractère terroriste.

L'arrêt rappelle sobrement les faits différents – l'assassinat d'un militaire, suivi de l'attaque par arme à feu de trois militaires, dont deux sont décédés, alors que le troisième souffre de séquelles d'une particulière gravité, pour finir avec l'attaque filmée d'une école juive, conduisant au décès de trois enfants et d'un adulte, et à des blessures d'une exceptionnelle gravité sur un autre enfant. Les investigations ont permis d'identifier l'auteur de ces actes. Au cours de l'intervention de police destinée à l'arrêter, ce dernier a reconnu les faits, les a revendiqués au nom de l'idéologie islamiste, avant de trouver la mort. Son frère a été jugé coupable de complicité de ces actes et condamné, ce qu'il conteste dans un pourvoi soulevant plusieurs moyens.

En premier lieu, le pourvoi conteste le dispositif de procédure pénale permettant à un témoin de déposer de façon anonyme, par

l'usage d'un moyen audiovisuel, comme étant entaché d'inconstitutionnalité, car n'offrant pas de garanties suffisantes d'authentification du témoin et portant atteinte aux droits de la défense. De cette manière, l'arrêt de condamnation prend un risque puisqu'il se trouverait privé de base légale lorsque l'inconstitutionnalité sera reconnue. La Cour de cassation écarte cette critique puisqu'elle a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité exploitant ce moyen.

Le deuxième et troisième moyens exploitent l'irrégularité de l'audition des témoins. Ces incidents étant soulevés pour la première fois devant la Cour de cassation, les moyens sont irrecevables.

Le quatrième moyen, présenté en trois branches, est le plus intéressant, apportant des éclaircissements, à la fois, sur la complicité et la règle *ne bis in idem*. Les deux premières branches contestent les éléments constitutifs de la participation aux infractions commises, que ce soit au titre de la complicité ou de la coaction.

Tout d'abord, l'accusé a été déclaré coupable de vol en réunion en relation avec une entreprise terroriste. Il conteste la déclaration de culpabilité par l'absence de la participation effective à l'infraction, donc défaut d'élément matériel, et ignorance de la motivation terroriste de l'acte, donc défaut d'élément moral. La Chambre criminelle rejette la critique en se fondant sur les constatations de la Cour d'assises. En effet, il a conduit son frère, lui permettant de voler le scooter utilisé pour la commission des crimes, l'a accompagné dans l'obtention des informations nécessaires au choix de la cible et a payé le blouson de moto. À ce moment, mais aussi tout au long de la commission des attentats, Abdelkader est resté en contact avec son frère, connaissant ses projets et leur motivation.

En participant au vol, il engage sa responsabilité en tant qu'auteur. La coaction sanctionne la participation aux actes constitutifs de l'infraction en partageant son élément moral, caractérisée par une simultanéité d'action. La coaction permet aussi de retenir la circonstance aggravante de réunion.

De surcroît, la Cour d'assises engage la responsabilité d'Abdelkader Merah en tant que complice des assassinats et tentatives d'assassinat commis par son frère. Il conteste la complicité pour défaut d'élément matériel, absence de participation aux actes, mais aussi défaut d'élément moral, car il ne connaissait pas les projets de son frère, donc il n'avait pu manifester une volonté claire d'adhérer à ses projets criminels. La Chambre criminelle rejette la critique de manière brève, à la manière d'un condensé des règles de complicité. Si la complicité, définie à l'article 121-7 du Code pénal, peut revêtir deux formes, elle se manifeste le plus souvent par la collaboration, visée à l'alinéa 1^{er}. Définie comme un acte d'aide ou d'assistance, la distinction entre les deux est fondée sur un critère temporel. L'aide est antérieure à l'infraction, puisqu'elle porte sur sa préparation, alors que l'assistance est concomitante, consistant en une collaboration à la commission même de l'infraction. Le raisonnement des juges est implacable. En participant au vol du scooter, Abdelkader Merah a fourni à Mohamed Merah les moyens de commettre l'infraction. Il s'agit d'un acte classique d'aide consistant en la fourniture de moyens. Mais plus encore, Abdelkader a rencontré son frère à de multiples reprises pendant la commission des attentats, ce qui établit sa connaissance des projets criminels. La Chambre criminelle vérifie ainsi les conditions de la complicité punissable. La collaboration doit se traduire par un acte positif, antérieur ou concomitant et commis en toute connaissance de cause. Abdelkader Merah a participé au vol, acte positif, préalable aux attentats commis, acte antérieur, alors qu'il connaissait les

projets criminels de son frère et les motifs du choix des victimes (militaires ou juives).

La troisième branche du moyen du pourvoi exploite l'application de la règle *ne bis in idem*. Il n'était pas possible de retenir la responsabilité pénale, à la fois, pour des infractions terroristes et association de malfaiteurs en vue de commettre des infractions terroristes en se fondant sur les mêmes faits. Des faits identiques ne sauraient donner lieu, en même temps, à une qualification pénale et à une circonstance aggravante. La Cour de cassation rejette cette dernière critique en rappelant le domaine d'application de la règle *ne bis in idem*, rappel devenu classique, néanmoins utile, tellement cette application a été polémique et discutée pendant des années. L'association de malfaiteurs peut être retenue par les juges si elle se fonde sur des faits distincts, en quelque sorte concurrents, de ceux qui fondent la condamnation pour une infraction. En l'espèce, la Cour d'assises a démontré qu'Abdelkader Merah avait adhéré à des thèses islamistes radicales (contacts avec la mouvance salafiste radicale, des voyages à l'étranger, notamment au Pakistan, prise de contact avec Al-Qaida, des photos le montrant un poignard brandi, devant le Coran, une documentation fournie sur des incitations, des méthodes de commettre des attentats et les différentes manières pour échapper à la surveillance de la police). Il avait donc des projets criminels autres de ceux qu'il a partagés avec son frère, ce qui permet de caractériser l'association de malfaiteurs à son encontre, sans violer la règle *ne bis in idem*.

Étant exempt de tout autre défaut de forme ou de fond, l'arrêt de la Cour d'assises spéciale de Paris est confirmé, permettant de mettre fin, après huit ans de procédure, à une affaire terroriste qui a profondément marqué la France.

BRÈVES

***Ne bis in idem* - Cumul association de malfaiteurs et bande organisée**

Crim. 22 avril 2020, n° 19-84464, publ. Bull.

Une personne conteste sa condamnation pour vols avec arme, commis en bande organisée, vols en bande organisée et recels, séquestrations, association de malfaiteurs et infractions à la législation sur les armes et les explosifs en récidive pour violation de la règle *ne bis in idem*, puisque les qualifications multiples reposent sur les mêmes faits en présence d'intentions identiques. La Chambre criminelle rejette la critique, dans la mesure où la Cour d'assises a caractérisé, « d'une part la circonstance aggravante de bande organisée assortissant les vols dont l'accusé a été reconnu coupable, et d'autre part l'infraction d'association de malfaiteurs visant la préparation de faits distincts ». Elle confirme ainsi sa solution, qui doit être tenue pour constante dorénavant, que le délit d'association de malfaiteurs et la circonstance aggravante de bande organisée peuvent se cumuler lorsqu'elles procèdent de faits différents.

***Ne bis in idem* – Cumul de poursuites et sanctions en cas de gestion de fait**

Conseil constitutionnel 2020-838/839, QPC 7 mai 2020

L'article L 131-11 du Code des juridictions financières prévoit que les comptables de fait « peuvent, dans le cas où ils n'ont pas fait l'objet

pour les mêmes opérations des poursuites prévues à l'article 433-12 du code pénal, être condamnés à l'amende par la Cour des comptes en raison de leur immixtion dans les fonctions de comptable public ». Cette disposition méconnaîtrait le principe de nécessité des peines. Le Conseil constitutionnel rappelle que « le principe de nécessité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature différente en application de corps de règles distincts. Si l'éventualité que deux procédures soient engagées peut conduire à un cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues ». Après un examen attentif des différentes incriminations en concours (abus de confiance, concussion, corruption passive, détournement de fonds publics et abus de biens sociaux), il constate que « ces infractions ne tendent pas à réprimer de mêmes faits, qualifiés de manière identique », donc autorise le cumul, sauf dans le cas où les poursuites sont fondées sur l'article 433-12 incriminant l'usurpation de fonctions, qui fait l'objet d'une réserve d'interprétation.

Enregistrement d'une garde à vue - Atteinte à la vie privée

Crim. 21 avril 2020, n° 19-81507

Une chaîne de télévision diffuse un reportage sur les réseaux de prostitution dans la capitale, qui retraçait des investigations et contenait l'enregistrement d'une garde à vue à la suite d'une interpellation pour proxénétisme aggravé. Les personnes et les lieux

avaient été anonymisés, cependant, la personne enregistrée, dont la voix a été reconnue par des tiers, a porté plainte pour violation de secret professionnel et du secret de l'instruction. Sa plainte ayant été classée, elle s'est constituée partie civile pour atteinte à la vie privée. La chambre de l'instruction a confirmé le non-lieu rendu par le juge d'instruction au motif que « la caméra était visible de sorte que l'enregistrement a été fait au vu et au su de l'exposante et qu'elle ne s'y est pas opposée ». La Chambre criminelle décide de casser et d'annuler l'arrêt et confirme la qualification d'atteinte à la vie privée.

L'article 226-1 du Code pénal incrimine l'atteinte à la vie privée définie comme « le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui », soit « en captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel », soit « en fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé ». Ce n'est pas l'acte matériel d'enregistrement qui est interdit en lui-même, mais le fait d'y procéder sans l'autorisation de la personne enregistrée. Le consentement a une place centrale dans la caractérisation de l'atteinte à la vie privée. À ce titre, l'alinéa 3 apporte une précision fondamentale en précisant que « lorsque les actes mentionnés au présent article ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé ».

Les juges d'instruction font une application conjointe des alinéas 2 et 3 qui les conduisent à écarter la qualification pénale de l'enregistrement. D'une part, ils considèrent que les images et paroles d'une personne interpellée par les services de police puis interrogée au cours de sa garde à vue ne relèvent pas de l'intimité

de la vie privée au sens de l'article 226-1, ce qui remet en cause l'atteinte même à l'intimité de la vie privée. D'autre part, la personne avait nécessairement vu la caméra et aucun élément du dossier ne laissait penser que les conditions de la garde à vue « lui ôtaient la possibilité de faire valoir son opposition à l'enregistrement ».

La Chambre criminelle invalide ce raisonnement en remettant en cause ces deux éléments. Ses affirmations péremptoires ont valeur de principe. En premier lieu, « l'enregistrement de la parole ou de l'image d'une personne placée en garde à vue est susceptible de constituer une atteinte à l'intimité de sa vie privée ». En lui-même, l'acte constitue donc une atteinte à la vie privée, tant en raison du contenu des informations enregistrées que du contexte dans lequel elles sont livrées. En second lieu, « une personne faisant l'objet d'une garde à vue n'est pas en mesure de s'opposer à cet enregistrement ». Le contexte juridique de la garde à vue conduit à la caractérisation automatique de cette condition nécessaire à la qualification pénale du délit. L'article 226-1, alinéa 3, pose une présomption de consentement en cas de non-opposition formelle en toute connaissance de cause. Mais cette présomption ne peut jouer que lorsque le consentement de la personne était totalement libre et éclairé. Toute forme de limitation de la capacité à consentir fait échec à cette présomption. L'élément qui permet d'identifier juridiquement la garde à vue est la contrainte. Dès lors, toute personne se trouvant dans cette situation juridique ne peut pas être considérée comme libre de s'opposer à une atteinte à sa vie privée. Le ton péremptoire des affirmations de la Cour de cassation permet d'en tirer deux conséquences. En premier lieu, la garde à vue, caractérisée par la contrainte, est incompatible avec le consentement donné à un enregistrement permettant d'échapper à la qualification pénale de l'atteinte à la vie privée. Par essence, le

déséquilibre des forces en présence et la situation de limitation de liberté écartent la possibilité de consentir valablement. Ce raisonnement reposant sur la nature même de la garde à vue semble s'appliquer, même lorsque les conditions formelles de la garde à vue sont respectées et si la personne est informée du droit de s'opposer à l'enregistrement. En second lieu, cet arrêt vaut avertissement. Toute forme de publicité des actes d'investigations pourrait aboutir à une qualification pénale.

Peines

Circulaire Crim 2020–15/E3, 20/05/2020, BO 2020-05 du 29 mai 2020 - Mise en œuvre des dispositions relatives aux peines de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de réforme pour la justice (entrée en vigueur le 24 mars 2020)

La circulaire rappelle la réduction de l'activité pénale et les mesures de libérations anticipées prises sur le fondement de la loi d'urgence du 23 mars 2020 qui ont généré une réduction très significative de la densité carcérale dans les établissements pénitentiaires. À ce titre, le choix volontariste de réduction des peines doit impliquer l'ensemble de la chaîne pénale, dès le choix de la peine requise par le ministère public, jusqu'à son exécution par l'administration pénitentiaire, dans un dialogue constant. Plusieurs axes majeurs sont rappelés.

Le choix des peines doit répondre aux nouveaux objectifs, « redonner sens et efficacité à la peine, renforcer la place du débat sur son prononcé et mettre fin aux emprisonnements de courte durée » fixés par la loi de 2019. Si le recours à l'enquête sociale rapide a été rendu obligatoire, il convient de développer les partenariats entre les Services pénitentiaires d'insertion et de

probation (SPIP) et les associations, à l'initiative du Parquet. L'exécution des peines privatives de liberté doit être priorisée et aboutir indirectement à une régulation carcérale (report, conversion ou aménagement de l'exécution des courtes peines d'emprisonnement). L'exécution des peines d'intérêt général doit être reprise, après l'arrêt provisoire dû à la crise sanitaire, et même favorisée. À cet égard, seront priorisées la mise en œuvre des mesures de surveillance électronique mobile (PSEM – Placement sous surveillance électronique mobile, ARSEM – Assignation à résidence sous surveillance électronique mobile) et celles relatives à l'exécution des Détentions à domicile sous surveillance électronique (DDSE), en fonction des critères fixés en concertation avec l'autorité judiciaire.

Il convient de favoriser le prononcé de la libération sous contrainte, étant donné que l'assignation à domicile de fin de peine ne peut plus être prononcée depuis le 11 mai 2020. Des évolutions informatiques importantes continuent d'être mises en œuvre, ainsi que des outils de pilotage dématérialisés des juridictions et services pénitentiaires.

SEPTEMBRE 2020



CREOGN
CENTRE DE RECHERCHE
DE L'ÉCOLE DES OFFICIERS DE LA GENDARMERIE NATIONALE

La question des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine

Loi n° 2020-1023 du 10 août 2020 instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine, JO n° 196, 11 août 2020

Conseil constitutionnel, Décision 2020-805 DC du 7 août 2020 (loi instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine)

Empruntant à William Shakespeare cette appréciation, car il est difficile de s'élever à la hauteur de son talent, le devenir de cette loi rappelle sa célèbre pièce *Beaucoup de bruit pour rien*. Le 10 mars 2020, peu de temps avant la décision du confinement général pour cause de pandémie mondiale, une proposition de loi a été enregistrée à l'Assemblée nationale, proposition ayant pour objet d'instaurer des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes et à l'issue de leur peine. L'objet du texte, présenté sobrement sur le site du Parlement, s'inscrit dans le cadre de la lutte anti-terroriste, priorité absolue du Gouvernement, et vise « à renforcer le suivi et à prévenir la récidive des personnes condamnées pour des faits de terrorisme et arrivant en fin de peine. Elle instaure la possibilité d'ordonner des mesures de sûreté à leur encontre ». Elle est justifiée par un constat chiffré qui n'appelle pas plus de commentaires car, « d'ici la fin de l'année 2022, 154 des 534 personnes actuellement détenues pour des actes de terrorisme en lien avec la mouvance islamiste (TIS) seront libérées, dont 42 en 2020, 62 en 2021 et 50 en 2022 ». La *ratio legis*, l'objectif visé par le législateur est incontestable et indiscutable, mais sa mise en œuvre a soulevé une polémique ayant abouti à une neutralisation du

dispositif voté.

La proposition de loi introduit un régime *ad hoc* de sûreté qui viendrait s'appliquer alors que tous les autres dispositifs de ce type se révèlent insuffisants, les conditions de nécessité et de subsidiarité sont rappelées expressément. Son article unique prévoit d'introduire une nouvelle section dans le Code de procédure pénale. Composée de l'article 706-25-15, elle donne la compétence du tribunal d'application des peines, après avis préalable de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, selon la procédure habituelle d'évaluation, de prononcer des mesures de sûreté : obligation de répondre aux convocations du juge d'application des peines, établir sa résidence en un lieu déterminé, obtenir une autorisation avant tout changement d'emploi ou de résidence ainsi que pour tout déplacement à l'étranger, obligation de présentation périodique, interdiction d'entrer en relation avec certaines personnes et de paraître dans certains lieux, placement sous surveillance électronique mobile. Ces mesures seraient ordonnées pour une durée d'un an, renouvelable dans une limite de dix ans en matière correctionnelle et vingt ans en matière criminelle. Toutes les garanties de procédure pénale s'appliqueraient à ces mesures. La violation des obligations et interdictions imposées par les mesures de sûreté serait passible de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende. Le Gouvernement a déclaré la procédure d'urgence sur ce texte le 11 juin 2020.

L'Assemblée nationale a adopté le texte en lui apportant peu de modifications quantitatives, mais importantes sur le fond. Dans le cadre des mesures de sûreté pouvant être prononcées, le texte prévoit la nécessité de « respecter les conditions d'une prise en charge sanitaire, sociale, éducative ou psychologique, destinée à

permettre sa réinsertion et l'acquisition des valeurs de la citoyenneté ; cette prise en charge peut, le cas échéant, intervenir au sein d'un établissement d'accueil adapté dans lequel le condamné est tenu de résider ». La durée de renouvellement des mesures est abaissée car elles sont limitées à cinq ans, sauf lorsque les faits commis par le condamné constituent un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement. Pour un mineur, les durées sont ramenées respectivement à trois ans et cinq ans. L'Assemblée nationale prévoit expressément que ces nouvelles mesures de sûreté ne peuvent pas être ordonnées à l'encontre des personnes libérées avant la promulgation de la loi. La proposition adoptée s'enrichit d'un nouvel article modifiant le Code pénal. L'article 421-8, créé par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de procédure pénale, prévoit que les personnes condamnées pour des infractions terroristes « peuvent également être condamnées à un suivi socio-judiciaire », selon les modalités de droit commun prévues aux articles 131-36-1 à 131-36-13. La nouvelle rédaction retenue par l'Assemblée nationale prévoit que, désormais, les condamnés pour terrorisme « sont » également soumis au suivi socio-judiciaire. En contrepartie, afin de préserver le principe constitutionnel d'individualisation de la peine, l'article s'enrichit d'un second alinéa qui permet à la juridiction, par une décision spécialement motivée, de ne pas prononcer cette peine, en considération des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Il est possible de constater que le suivi socio-judiciaire est de droit et la dispense est l'exception, puisque l'article commence par « toutefois ».

Si le Sénat considérait comme bienvenue la création d'une mesure de sûreté dédiée aux terroristes, il attirait l'attention sur la

constitutionnalité du dispositif. Si les mesures de sûreté ne sont pas exclues, par principe, « dès lors qu'elles visent à protéger la société contre la commission de nouveaux crimes ou délits graves », elles sont soumises à des exigences fortes, notamment au regard de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen qui prohibe les atteintes à la liberté qui ne constitueraient pas « une rigueur nécessaire ». C'est la raison pour laquelle la commission des lois a porté une attention particulière « à garantir un équilibre entre opérationnalité de la mesure, efficacité de la lutte contre le terrorisme et garantie des droits et libertés constitutionnels ». À cette fin, elle s'est attachée à mieux définir les critères de dangerosité permettant de la prononcer. Si le risque très élevé de récidive est une constante, il est complété par « l'adhésion persistante à une idéologie ou à des thèses incitant à commettre des actes de terrorisme ». La mesure de sûreté adoptée par l'Assemblée Nationale contenait deux obligations qui ont été complétées par deux obligations complémentaires venant renforcer le volet « surveillance » – l'interdiction de se livrer à l'activité à l'occasion de laquelle a été commise l'infraction et l'interdiction de détenir ou de porter une arme. En même temps, le volet réinsertion a aussi été enrichi de la mise en œuvre d'un suivi par les services pénitentiaires d'insertion et de probation et l'obligation d'exercer une activité professionnelle ou de suivre une formation. Le Sénat a adopté ce nouveau dispositif en modifiant notamment la proposition adoptée par l'Assemblée sur deux points. D'une part, la durée de la mesure a été élevée et portée à deux ans afin de mieux évaluer l'insertion. D'autre part, certaines obligations prononcées dans le cadre de la nouvelle mesure de sûreté étaient susceptibles d'être inscrites au fichier des personnes recherchées par une modification de l'article 230-19 du Code de procédure pénale.

Si la commission mixte paritaire a trouvé un accord retenant ces apports successifs du travail parlementaire, texte adopté par le Sénat le 23 juillet 2020 et définitivement par l'Assemblée nationale le 27 juillet, le Conseil constitutionnel a été saisi par le Président de l'Assemblée nationale et par un groupe de députés et de sénateurs afin d'examiner la constitutionnalité du texte. Si les obligations et interdictions sont restées stables, la juridiction décidant de la mesure de sûreté est la juridiction régionale des mesures de sûreté. La durée de la mesure de sûreté est d'un an, renouvelable jusqu'à cinq ou dix ans, donc les maxima les plus faibles ont été conservés. Trois griefs étaient développés contre ce texte. D'une part, l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen garantit la présomption d'innocence, s'opposant à la prise de mesure en l'absence de commission d'infraction. D'autre part, cette nouvelle mesure de sûreté vise « la liberté personnelle par une rigueur non nécessaire et porterai(en)t à la liberté individuelle, à la liberté d'aller et de venir et au droit au respect de la vie privée une atteinte qui ne serait ni nécessaire, ni adaptée, ni proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur ». Enfin, le principe de légalité des délits et des peines serait méconnu en raison de la subjectivité de l'appréciation de la dangerosité d'une personne. Le Conseil constitutionnel prononce l'inconstitutionnalité du nouveau dispositif, même s'il n'en invalide pas le principe d'existence. Le raisonnement du Conseil, en réponse aux différents griefs, doit être séparé en deux étapes. En premier lieu, le législateur peut adopter des mesures de sûreté et la nouvelle loi est, de ce point de vue, conforme à la Constitution. En second lieu, les mesures de sûreté doivent remplir certaines conditions et respecter une certaine proportionnalité, ce qui n'est pas le cas du nouveau dispositif.

En premier lieu, le Conseil constitutionnel valide la qualification

légale de mesure de sûreté retenue par le Parlement. Cela paraît élémentaire, mais l'analyse de sa nature est complexe juridiquement et entraîne des effets majeurs. Le Conseil constitutionnel constate que « cette mesure n'est ni une peine ni une sanction ayant le caractère d'une punition ». Sans jamais prononcer le qualificatif de mesure de sûreté, cette formule indique que le dispositif appartient à cette catégorie juridique. Pour ce faire, le Conseil rappelle les critères essentiels : la mesure succède à l'accomplissement de la peine, elle n'est pas décidée par la juridiction de jugement mais par la juridiction régionale de la mesure de sûreté et, surtout, elle repose sur « la particulière dangerosité de la personne » et pas sur sa culpabilité. Cette qualification juridique appelle deux remarques. D'une part, les mesures de sûreté font partie des sanctions pénales, en complément des peines. À ce titre, elles doivent remplir des garanties juridiques essentielles, à l'instar de la légalité pénale, telles que les principes de nécessité, de subsidiarité, de rigueur, le respect de la dignité humaine, pour n'en citer que quelques-uns. D'autre part, il existe une différence majeure entre les peines et les mesures de sûreté et elle porte sur leur application dans le temps. Si les peines sont soumises au principe de non-rétroactivité, les mesures de sûreté y échappent et s'appliquent à des infractions commises ou à des condamnations prononcées avant leur entrée en vigueur. Il convient de préciser que le nouveau texte précisait à cet égard que la nouvelle mesure n'était pas susceptible de s'appliquer aux personnes déjà libérées, mais qu'elle s'appliquerait aux personnes condamnées avant sa création et libérées après. Après avoir examiné la nature du nouveau dispositif, le Conseil s'attache à en examiner la conformité aux exigences constitutionnelles.

Dans un second temps, le Conseil rappelle que « bien que dépourvue de caractère punitif, elle doit respecter le principe, résultant des

articles 2, 4 et 9 de la Déclaration de 1789, selon lequel la liberté personnelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire ». Le législateur assure la conciliation entre la prévention des atteintes à l'ordre public et l'exercice des droits et libertés constitutionnellement garantis. La mesure de sûreté après exécution de la peine pour les infractions terroristes commises s'inscrit dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et participe à l'objectif constitutionnel de prévention des atteintes à l'ordre public, car elle répond à deux conditions : elle vient s'ajouter à d'autres mesures judiciaires ou administratives poursuivant cet objectif, mais répond au besoin particulier de prévenir le risque de récidive d'une personne qui « persiste à adhérer, à l'issue de sa peine, à une idéologie ou à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ». Ainsi, le principe de son existence respecte la Constitution, mais cela ne suffit pas, car il convient qu'elle réponde aussi aux exigences constitutionnelles de qualité de la norme pénale. Le Conseil constitutionnel rappelle le principe de subsidiarité de ces mesures, qui ne peuvent intervenir « qu'à condition qu'aucune mesure moins attentatoire aux droits et libertés constitutionnellement garantis ne soit suffisante pour prévenir la commission de ces actes ». À cela s'ajoute un contrôle de proportionnalité, car il faut que « les conditions de mise en œuvre de ces mesures et leur durée soient adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi », conditions renforcées lorsque la personne a déjà purgé sa peine.

Le Conseil examine l'ensemble des obligations et leur régime juridique afin d'en déterminer « la rigueur » nécessaire. Il relève cinq points de friction :

- les différentes obligations et interdictions prévues par la mesure de sûreté et pouvant être utilisées de manière cumulative sont

susceptibles de porter atteinte « à la liberté d'aller et de venir, au droit au respect de la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale » ;

- la durée de la mesure est limitée à un an, mais peut être renouvelée jusqu'à dix ans et est déterminée en fonction de la peine encourue, pas de la peine prononcée par la juridiction de jugement ;
- la mesure est limitée aux infractions terroristes, mais ne tient pas compte des sursis éventuellement prononcés ;
- si le critère de la mesure de sûreté est la dangerosité, le dispositif n'exige pas « que la personne ait pu, pendant l'exécution de cette peine, bénéficier de mesures de nature à favoriser sa réinsertion » ;
- les décisions de renouvellement de la mesure de sûreté se prennent dans les mêmes conditions que la décision initiale, sans exiger de nouveaux éléments ou des éléments complémentaires.

Ces points permettent au Conseil constitutionnel de considérer que la mesure de sûreté porte atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis, car dépassant la rigueur nécessaire. Le texte se voit amputé, on pourrait dire plutôt décapité, car tous les articles sont invalidés, sauf la modification de l'article 421-8 du Code pénal disposant que le suivi socio-judiciaire est prononcé pour les infractions terroristes et n'est plus une simple faculté laissée au juge pénal.

La décision du 7 août 2020 fera date en droit pénal. Si elle rappelle très fortement sa décision du 21 février 2008, elle va plus loin dans l'alignement du régime juridique des sanctions pénales. La décision du 21 février 2008 portait sur la loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental qui a créé deux nouvelles mesures de sûreté – la surveillance de sûreté et la rétention de sûreté. Si le

Conseil constitutionnel a approuvé leur nature juridique de mesures de sûreté, « ne constituant ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition », il a introduit une distinction du point de vue de leur régime juridique. Ainsi, la surveillance de sûreté, composée d'obligations et interdictions diverses, rappelant celles de la loi du 10 août 2020, pouvait s'appliquer rétroactivement à des condamnations prononcées avant son entrée en vigueur. Tel ne fut pas le cas de la rétention de sûreté qui, d'une rigueur excessive, car restreignant la liberté d'aller et venir, s'est trouvée soumise au principe de non-rétroactivité caractérisant normalement les peines. Cette décision a introduit une instabilité d'analyse et a donné naissance à une catégorie hybride de sanctions pénales que les commentateurs appellent les mesures-peines. La décision du Conseil constitutionnel était, cependant, en parfait accord avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui soumet les mesures de sûreté privatives de liberté à la non-rétroactivité, alors que les mesures de sûreté restrictives de droits peuvent rétroagir et s'appliquer à des condamnations antérieures à leur création.

Le Conseil constitutionnel semble franchir une étape dans sa décision du 7 août 2020, une étape que l'on aurait pu qualifier d'élévation des standards devant la Cour européenne des droits de l'Homme. En effet, les contraintes imposées au législateur sont alourdies, ce qui conduit à un élargissement de la protection des libertés individuelles. Les critères utilisés par le Conseil constitutionnel pour déclarer la mesure de sûreté appellent plusieurs remarques.

En premier lieu, le contenu même des obligations et interdictions composant la mesure de sûreté, ainsi que le fait de les prononcer cumulativement, sont de facture classique et trouvent leur

inspiration dans d'autres mécanismes comme le sursis probatoire, le suivi socio-judiciaire, la surveillance de sûreté. Il ne semble pas que le Conseil constitutionnel mette en cause leur existence, mais plutôt leur utilisation complémentaire post-peine dans le cadre dessiné par la nouvelle loi.

Ensuite, le Conseil constitutionnel trouve la durée de la mesure d'une rigueur excessive en utilisant deux arguments. Si le premier peut se comprendre – la mesure de sûreté vient s'ajouter à la peine exécutée –, le second suscite l'étonnement. La durée de renouvellement de la mesure de sûreté considérée comme durée maximale est calculée en fonction de la peine encourue et non de la peine prononcée. Loin d'être un défaut, l'utilisation de ce critère est la garantie d'une bonne justice pénale. En effet, la peine encourue est un critère objectif qui affermit le respect de la légalité pénale. En plus, ce critère garantit mieux l'égalité de tous les citoyens devant la loi pénale.

En troisième lieu, et dans la continuation de la critique précédente, le Conseil reproche à la mesure de sûreté d'être décidée sans prise en considération de l'éventuel sursis assortissant la peine. Mais cette critique ne vaut que si l'on prend en compte la peine prononcée, ce qui est rarement le cas en droit pénal où la référence est la peine encourue, en vertu du principe de légalité pénale.

La quatrième critique formulée par le Conseil retient l'attention, car elle vise indirectement le mécanisme de la mesure de sûreté. Classiquement, la mesure de sûreté repose sur la dangerosité, ce qui permet de la distinguer de la peine qui se fonde sur la culpabilité, donc sur l'infraction commise. En cela, la dangerosité représente un critère subjectif, rattaché à la personne, alors que l'infraction commise représente un critère objectif, fondé sur les faits. Si le fondement même de la dangerosité n'est pas remis en cause, des critiques récurrentes visent son évaluation, par voie de

conséquence, sa fiabilité. Le Conseil constitutionnel n'aborde pas ces querelles juridiques, mais oppose une critique pragmatique. Si la dangerosité expose la personne à la mesure de sûreté, il faut que des moyens soient mis en œuvre afin de la faire baisser. Il faut donc agir en amont, pendant la phase de détention et exiger « pendant l'exécution de cette peine, de bénéficier de mesures de nature à favoriser sa réinsertion ». Il semble utile de rappeler que la Cour européenne des droits de l'Homme utilise cette même exigence pour valider les mesures de sûreté.

En dernier lieu, le Conseil constate que le renouvellement de la mesure, pour la même durée d'un an, limité selon la nature de l'infraction, n'est pas soumis à l'exigence que la dangerosité soit corroborée par « des éléments nouveaux ou complémentaires ». Il convient de rappeler que la procédure conduisant à la mise en œuvre de cette nouvelle mesure de sûreté suit la procédure dessinée par la loi de 2008. Elle est prise après avis motivé de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, chargée d'évaluer la dangerosité de la personne après une phase d'observation et d'analyse de six semaines. Elle est ordonnée, après une phase contradictoire, par la juridiction régionale de la rétention de sûreté de Paris ou, en ce qui concerne les mineurs, par le tribunal pour enfants de Paris, décisions susceptibles de recours. Cela signifie que la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté procède à une évaluation de la dangerosité pendant six semaines avant chaque nouvelle procédure contradictoire susceptible d'aboutir à la mise en œuvre de la mesure de sûreté. Mais si l'on applique la critique du Conseil constitutionnel, cela signifie-t-il qu'il ne suffit plus qu'elle évalue la dangerosité, mais qu'elle trouve de nouveaux éléments ou des éléments complémentaires ? Quid si la personne continue de manifester son adhésion à des thèses radicales ou violentes ? Cela ne suffirait pas, car ces éléments ne

seraient pas nouveaux, ni complémentaires. La dernière critique apportée par le Conseil constitutionnel sape l'inspiration même de cette mesure de sûreté qui reposait sur « une adhésion persistante à une idéologie ou à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ». La « persistance » ne suffit plus, il faut quelque chose de nouveau ou de plus fort. Cette formule ambiguë devra être éclaircie par le Conseil constitutionnel, au risque de conduire à une remise en cause de la notion même de dangerosité.

La loi du 10 août 2020 a été promulguée totalement vidée de sa substance, inutile juridiquement, peu opportune politiquement. Quels enseignements en tirer ? Que le problème des sorties « sèches » de personnes terroristes continuant de présenter une dangerosité n'est pas réglé. Le Conseil constitutionnel engage un contrôle de proportionnalité des mesures qui semble dépasser le contrôle normal de la sanction de la disproportion relevant de sa compétence. Le dialogue des « juges suprêmes », malgré le fait que le Conseil constitutionnel n'est pas une Cour et que les juges européens ont une dimension extra-territoriale, continue de façonner substantiellement le droit pénal français.

Violations réitérées du confinement

Conseil constitutionnel 2020-846/847/848, QPC du 26 juin 2020

La loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 a modifié le Code de la santé publique et a introduit un système original de sanction de la violation des restrictions de sortie et déplacement. L'article L 3136-1 CSP punit la violation de ces mesures de l'amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe, selon la procédure de

forfaitisation ramenée à 135 euros. La réitération du comportement appelle une aggravation croissante des sanctions. Lorsque la personne commet une nouvelle violation dans un délai de quinze jours, l'amende qui lui est appliquée est celle prévue pour les contraventions de la cinquième classe. Si ces mêmes violations sont verbalisées à plus de trois reprises dans un délai de trente jours, les faits sont punis de six mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende ainsi que de la peine complémentaire de travail d'intérêt général et de la peine complémentaire de suspension, pour une durée de trois ans au plus, du permis de conduire lorsque l'infraction a été commise à l'aide d'un véhicule. Il est permis de constater que la commission de trois violations transforme la nature de l'infraction qui passe d'une qualification contraventionnelle à une qualification délictuelle. Trois questions prioritaires de constitutionnalité critiquent la correctionnalisation de l'infraction, elles sont jointes par le Conseil constitutionnel donnant lieu à une décision unique.

Les QPC formulent trois griefs. D'une part, les questions considèrent qu'il y a méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines pour plusieurs raisons – la violation de la répartition des compétences qui aurait permis au pouvoir réglementaire de définir les éléments constitutifs d'un délit, pourtant réservé à la compétence du législateur ; les motifs de sortie seraient « équivoques », notamment « les besoins familiaux et de santé » ne répondant pas à l'exigence de clarté et d'intelligibilité de la loi pénale ; la même sortie non autorisée peut donner lieu à plusieurs verbalisations. D'autre part, le mécanisme comprendrait la violation de la présomption d'innocence, les droits de la défense et le droit à un recours juridictionnel effectif dans la mesure où le délit est automatiquement caractérisé par trois verbalisations, alors qu'il faut attendre ces trois verbalisations pour être présenté au juge pénal. Enfin, la peine de six mois d'emprisonnement serait

disproportionnée, d'une part, et présenterait une violation du principe *ne bis in idem*, puisqu'elle sanctionnerait un comportement déjà puni par la peine contraventionnelle.

Le Conseil constitutionnel rejette les trois critiques. En premier lieu, le principe de légalité est respecté autant dans la répartition des compétences, puisque c'est la loi qui a défini les éléments constitutifs du comportement, que dans la définition de l'infraction. La loi du 23 mars 2020 a établi une liste de critères permettant les sorties et ils sont exempts de critiques, mais obéissent à la nécessité d'une définition générale. Ensuite, le tribunal correctionnel apprécie le bien-fondé de la qualification pénale et n'est pas tenu par une qualification automatique des faits. Enfin, les peines instituées ne sont pas disproportionnées, car elles répondent à l'objectif d'assurer « le respect de mesures prises pour garantir la santé publique durant l'état d'urgence sanitaire qui peut être déclaré en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population ».

Dès lors, toutes les critiques sont écartées et la loi du 23 mars 2020 est considérée en conformité totale avec la Constitution.

Contrôle des mesures d'isolement ou de contention dans le cadre des soins psychiatriques sans consentement

Conseil constitutionnel, décision n° 2020-844 QPC du 19 juin 2020

Le Conseil constitutionnel a été saisi d'une QPC portant sur l'article L3225-5-1 du Code de la santé publique qui permet de prononcer des mesures d'isolement et de contention dans le cadre des soins psychiatriques, des pratiques de dernier recours, décidées par un

psychiatre pour une durée limitée et faisant l'objet d'une mise en œuvre strictement surveillée par l'établissement de santé. Selon les requérants, ces mesures méconnaîtraient l'article 66 de la Constitution qui exige que toute privation de liberté soit placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Le Conseil constitutionnel considère que le législateur a fixé des conditions de fond et des garanties de procédure propres à assurer que ces mesures soient adaptées, nécessaires et proportionnées à l'état de la personne qui en fait l'objet. De plus, si l'article 66 garantit l'intervention de l'autorité judiciaire, il ne l'impose pas préalablement. De ce point de vue, les dispositions contestées ne sont pas contraires à la Constitution. En revanche, « la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible ». Or, l'isolement et la contention sont décidés par un psychiatre, mais le législateur n'a pas prévu d'intervention du juge judiciaire pour contrôler cette mesure et surtout son maintien. Par voie de conséquence, le dispositif est contraire à l'article 66 de la Constitution mais la date d'effet d'inconstitutionnalité est reportée au 31 décembre 2020, car son effet immédiat entraînerait « des conséquences manifestement excessives ».

Condition de paiement préalable pour la contestation des forfaits de post-stationnement

Conseil constitutionnel, décision 2020-855 QPC du 9 septembre 2020

Le forfait de post-stationnement (FPS) est venu remplacer l'amende unique de première classe en cas de stationnement non payé. D'un montant variant d'une commune à l'autre, il peut être contesté au moyen d'un recours administratif préalable obligatoire et, en cas

d'échec de ce dernier, devant la Commission du contentieux du stationnement payant (CCSP). L'article L 2333-87-5 du Code des collectivités territoriales dispose que la recevabilité du recours contentieux contre la décision rendue à l'issue du recours administratif préalable obligatoire et contre le titre exécutoire émis, est subordonnée au paiement préalable du montant de l'avis de paiement du forfait de post-stationnement et de sa majoration, le cas échéant. Le Conseil d'État a transmis une question prioritaire de constitutionnalité reprochant à ce dispositif d'imposer la condition de paiement préalable du FPS et de son éventuelle majoration sans prévoir aucune exception, ce qui méconnaît le droit à un recours juridictionnel effectif.

Si le Conseil constitutionnel valide l'objectif poursuivi par le législateur, car il constate qu'en « imposant ainsi que le forfait et la majoration soient acquittés avant de pouvoir les contester devant le juge, le législateur a entendu, dans un but de bonne administration de la justice, prévenir les recours dilatoires dans un contentieux exclusivement pécuniaire susceptible de concerner un très grand nombre de personnes », il le déclare contraire à la Constitution pour deux raisons. D'une part, la proportionnalité de la sanction n'est pas garantie car, même si « le montant du forfait de post-stationnement ne peut excéder celui de la redevance due, aucune disposition législative ne garantit que la somme à payer pour contester des forfaits de post-stationnement et leur majoration éventuelle ne soit d'un montant trop élevé ». D'autre part, l'exigence de paiement préalable est générale et ne connaît aucune exception. Par voie de conséquence, la garantie de paiement préalable du FPS est de nature à porter une atteinte substantielle au droit d'exercer un recours juridictionnel effectif. La déclaration d'inconstitutionnalité est à effet immédiat, donc est applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date.

Usage de drogue – Généralisation de l'amende forfaitaire

La loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a prévu l'application d'une amende forfaitaire aux délits d'usage de drogue. À cette fin, l'article L 3352-5 du Code de la santé publique a été complété. Si l'usage de drogue est un délit puni d'un an d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende, selon l'article L 3421-1 du Code de la santé publique, l'action publique peut être éteinte, y compris en cas de récidive, par le versement d'une amende forfaitaire de 200 euros, conformément aux articles 495-17 et suivants du Code de procédure pénale. Le montant de l'amende minorée est de 150 euros, ce qui implique qu'elle soit réglée sous quinze jours, alors qu'au-delà de 45 jours, la personne devra payer 450 euros. En cas d'échec du dispositif, la qualification délictuelle est maintenue. Ce dispositif a été expérimenté, dans un premier temps, à Reims, Rennes, Créteil et Boissy Saint-Léger à partir du 16 juin 2020, et étendu ensuite à Lille et Marseille. Le Premier ministre, Jean Castex, a annoncé, dans son premier discours, la généralisation des amendes forfaitaires pour consommation de drogue à partir du 1^{er} septembre 2020. Le 31 août 2020, un communiqué conjoint des ministres de l'Intérieur et de la Justice souligne la mobilisation conjointe des acteurs de ces deux ministères et la collaboration forte mise au service de la lutte contre ces formes de criminalité qui est une « priorité majeure » du Gouvernement.

Cette généralisation permet d'atteindre le but poursuivi par ce dispositif qui est de désengorger les tribunaux et de permettre une sanction effective, même si elle est moindre, car de nature contraventionnelle à la place de la sanction délictuelle initialement prévue. Cette procédure d'amende forfaitaire alternative se veut

rapide, efficace, permettant une meilleure distribution des rôles, la sanction de l'usage de stupéfiants pouvant être traitée par le biais des procès-verbaux électroniques directement par les forces de l'ordre et permettant ainsi aux magistrats de concentrer leurs efforts sur les trafics de drogues et la criminalité qui s'y agrège.

OCTOBRE 2020



CREOGN
CENTRE DE RECHERCHE
DE L'ÉCOLE DES OFFICIERS DE LA GENDARMERIE NATIONALE

POLITIQUE PÉNALE

Circulaire de politique pénale générale, CRIM-2020-20/E1/24-09-2020, 1^{er} octobre 2020

Le garde des Sceaux, ministre de la Justice, a publié sa circulaire de politique pénale générale le 1^{er} octobre 2020, en retenant des mots-clés correspondant à des préoccupations actuelles liées autant à des formes de criminalité organisée (trafic de stupéfiants, terrorisme) qu'à des manifestations de délinquance de proximité (rodéos, squats, violences intrafamiliales).

La circulaire part du constat inquiétant de la perte de confiance des citoyens en la justice, causée par son incapacité à apporter une réponse satisfaisante à la petite et moyenne délinquance. Cela rend nécessaire de repenser l'action pénale « pour qu'elle soit plus effective, plus rapide, mieux comprise, et ainsi asseoir la pleine crédibilité de l'action judiciaire ». Le ministre dresse un premier satisfecit de son action en indiquant que le budget de la Justice progresse en 2021 de 8 %, ce qui représente la hausse la plus importante depuis un quart de siècle. La première orientation qui se dessine vise à inscrire la nouvelle lutte contre les infractions affectant nos concitoyens dans leur quotidien aux côtés des politiques traditionnelles conduites contre les formes de grande criminalité. Sans parler de modification profonde de la politique pénale, il convient de noter que la circulaire marque une nouvelle préoccupation pour des formes de délinquance « du quotidien » délaissées ou négligées auparavant.

En premier lieu, la justice de proximité doit être plus accessible, ce qui signifie qu'il faut « mieux répondre » et dans « un délai plus

rapproché ». À cette fin, les unités de police et de gendarmerie doivent informer de l'état d'avancement des procédures ouvertes d'initiative depuis plus de 6 mois. Le délai de réponse pénale ne doit pas excéder 8 mois, même si pour cela les procureurs doivent privilégier des orientations autres que la convocation devant un tribunal. Si la proximité s'appuie sur la célérité, elle repose aussi sur un rapprochement géographique qui doit conduire les délégués du procureur de la République dans davantage de lieux de justice.

Ensuite, il convient de porter une plus grande attention à la délinquance du quotidien en s'intéressant à des petites infractions qui altèrent la vie quotidienne des citoyens et contribuent à renforcer l'insécurité. La circulaire a une approche globale de cette délinquance en visant, à la fois, ses formes visibles (les violences urbaines, celles commises dans les transports, à l'égard des élus et des personnels municipaux, la lutte contre les trafics de stupéfiants affectant certains quartiers et « s'accompagnant régulièrement d'occupations illicites de halls d'immeuble, voire de logement et générant une violence intolérable ») et invisibles. « L'économie souterraine qu'ils nourrissent, souvent via le blanchiment, doit faire l'objet d'une priorisation avec un suivi dédié, au sein des bureaux des enquêtes notamment. » Cela nécessite que les enquêtes patrimoniales soient systématiquement conduites, que les Groupes d'intervention régionale (GIR) soient saisis, alors qu'ils sont insuffisamment mobilisés, que les peines de confiscations et d'amendes soient systématiquement requises. Si la lutte contre le trafic de stupéfiants est une préoccupation constante de la politique pénale, elle s'est enrichie de l'amende forfaitaire en cas d'usage de stupéfiants (applicable depuis le 1^{er} septembre 2020) et doit se poursuivre par un travail éducatif, notamment à l'égard des mineurs exploités, comme les guetteurs ou les livreurs. La nouveauté de la circulaire réside dans la réponse apportée aux

infractions ayant connu un fort développement et une médiatisation importante ces derniers mois. Ainsi, la lutte contre les « rodéos urbains » passe par l'utilisation systématique de la saisie des véhicules en vue de leur confiscation et leur éventuelle affectation à des fins d'intérêt public. Si le ministre donne une indication particulière aux procureurs dans ce cadre, elle vaut pour toutes les procédures, quel que soit le type d'infraction. « Le préalable à la qualité des décisions de justice reposant sur la qualité des procédures établies par les services et unités d'enquête », il est important d'en accentuer le contrôle. Ainsi, lorsque des annulations de pièces ou des relaxes sont prononcées en raison de la faiblesse des investigations, un retour vers l'unité d'enquête semble opportun « afin de souligner les points qui auraient mérité une plus grande attention ».

Parallèlement, la circulaire souligne la poursuite de l'engagement à l'égard des politiques pénales prioritaires. La lutte contre les violences intrafamiliales, notamment les violences conjugales, reste la priorité absolue du Gouvernement. Au-delà du huis clos familial, l'attention doit être portée aux actions et partenariats visant la lutte contre « les comportements qui affectent particulièrement les femmes dans la sphère sociale, dans la rue comme dans le cadre sportif ou professionnel ». Les circuits de signalement doivent être fluidifiés afin de prévenir et détecter ces comportements et apporter « des réponses rapides et proportionnées à la gravité des abus commis ». Dans un domaine totalement différent, la France ne doit pas relâcher ses efforts en matière de lutte contre les infractions touchant la confiance dans les institutions, les atteintes à la probité, particulièrement la corruption. L'ensemble des Parquets doivent s'emparer des outils juridiques existants, qui ont été salués par les évaluations internationales. Enfin, en matière de terrorisme, dont la menace reste très élevée, il convient d'articuler l'information

et le fonctionnement entre les différents Parquets et le Parquet national anti-terroriste (PNAT). L'importance du sujet est primordiale, tant la dangerosité de ces comportements est élevée et peut entraîner la fracturation du pacte social.

Enfin, le ministre souhaite améliorer « la visibilité de la justice et la communication des parquets ». Le fonctionnement de la justice et les réponses qu'elle apporte doivent être mieux connus de nos concitoyens, car comprendre permet de juger en toute connaissance de cause ses actions. Si certains procureurs le font déjà, d'autres devront s'emparer de l'outil de communication et institutionnaliser des rencontres régulières avec la presse locale. En contrepartie, la circulaire souligne le poison démocratique de « la communication illégale résultant de la violation des secrets de l'enquête et de l'instruction qui sape la confiance dans les acteurs de la procédure et peut briser des vies ». Dans ce cas, il est important d'ouvrir des enquêtes sur ces comportements dans le respect strict du secret des sources des journalistes, autre principe cardinal qui constitue le pendant de la présomption d'innocence, qui n'est pas nommément désignée dans ce paragraphe, mais dont l'essence irrigue les mesures préconisées.

La circulaire se termine par les remontées d'informations, pratique mal comprise et évaluée. Elle sert à coordonner la politique pénale menée par les Parquets. À ce titre, le ministre souhaite publier « le rapport annuel sur l'application de la politique pénale prévu par l'article 30 du Code de procédure pénale et en rendre compte devant le Parlement », « acte démocratique essentiel », et ouvre une réflexion sur le sujet. Si de nouvelles mesures sont annoncées, il demande concrètement aux Parquets une remontée « des bonnes pratiques » afin d'en assurer la mutualisation.

Cette direction générale vient compléter l'information transmise par la directrice du cabinet du garde des Sceaux au Directeur des

affaires criminelles et des grâces (DACG) en date du 29 septembre 2020. L'éventuelle transmission d'éléments, en vertu de l'article 35 du Code de procédure pénale, dans des procédures individuelles que le garde des Sceaux aurait eu à connaître en qualité d'avocat « pourrait être de nature à mettre en doute sa neutralité et à alimenter les soupçons d'interventionnisme ». Néanmoins, l'information du ministre est essentielle au bon fonctionnement de l'institution. À ce titre, la remontée d'informations sera limitée, dans les affaires ayant impliqué le ministre comme avocat ou dans lesquelles le cabinet Vey intervient, aux éléments déjà rendus publics, « sans apporter de précisions ou ajouts aux éléments notoirement connus ». Toutefois, il peut être fait dérogation à cette exclusion si la remontée d'informations « s'avère nécessaire à l'exercice des prérogatives susceptibles d'être portées personnellement par le garde des Sceaux s'agissant des affaires soulevant une question de droit nouvelle ; des affaires mettant en cause le fonctionnement de la justice, des affaires présentant une dimension internationale présentant une forte sensibilité diplomatique ». Le DACG a transmis l'information à l'ensemble des procureurs généraux, indiquant que la remontée d'informations dans le cas de procédures interférant avec l'ancienne qualité ou structure d'avocat du garde des Sceaux donnera lieu à une note d'information établie par sa direction ne contenant que les éléments indispensables à une appréciation de la situation et des suites à lui donner.

ORGANISATION FRAUDULEUSE D'INSOLVABILITÉ

Crim. 9 septembre 2020, n° 19-84.295, publ. Bull.

Une personne a été condamnée par la juridiction civile à verser à son

épouse la somme de 80 000 euros au titre de la prestation compensatoire lors de leur jugement de divorce. Il a omis de déclarer au notaire chargé d'établir l'état liquidatif du régime matrimonial un compte courant de 50 000 euros et a minoré la valeur du bateau qu'il a cédé de 15 000 euros. Le tribunal correctionnel l'a jugé coupable d'organisation frauduleuse d'insolvabilité. La Cour d'appel a confirmé la condamnation sur le fondement de l'article 314-7 du Code pénal.

L'article 314-7 du Code pénal punit l'organisation frauduleuse de l'insolvabilité définie comme « le fait, par un débiteur, même avant la décision judiciaire constatant sa dette, d'organiser ou d'aggraver son insolvabilité soit en augmentant le passif ou en diminuant l'actif de son patrimoine, soit en diminuant ou en dissimulant tout ou partie de ses revenus, soit en dissimulant certains de ses biens, en vue de se soustraire à l'exécution d'une condamnation de nature patrimoniale prononcée par une juridiction répressive ou, en matière délictuelle, quasi délictuelle ou d'aliments, prononcée par une juridiction civile ». Les juges de la Cour d'appel ont considéré que l'omission de déclaration d'un compte bancaire créditeur et la minoration de la valeur d'un bien mobilier vendu constituent des éléments caractérisant « la volonté du prévenu de dissimuler certains de ses biens et de diminuer certains actifs de son patrimoine, aux fins de se soustraire, au préjudice de la partie civile, aux obligations et conséquences financières découlant de la décision prononcée par le juge aux affaires familiales » et en mettant l'accent sur le fait que son intention coupable résulte « de la chronologie des faits comme de la pratique de ventes fictives ou d'omettre de déclarer un compte créditeur ». Le débiteur condamné a formé un pourvoi en cassation couronné de succès.

Le pourvoi mobilise les principes généraux du droit pénal, en soutenant que, si l'article 314-7 « sanctionne l'organisation ou

l'aggravation d'insolvabilité en vue de se soustraire à l'exécution d'une condamnation de nature patrimoniale prononcée par une juridiction, il ne sanctionne pas le silence gardé par l'agent en vue de tromper la religion du juge sur ses ressources et de voir diminué le montant auquel il risque d'être condamné ». À ce titre, la minoration du patrimoine pouvant avoir comme objet la réduction de l'assiette de la condamnation ne peut se (con)fondre avec l'organisation ou l'aggravation d'insolvabilité, même en admettant que les intentions du débiteur étaient peu louables en l'espèce.

De plus, l'organisation d'insolvabilité par dissimulation de ressources constitue un délit de commission, qui rend impossible sa qualification pénale « pour une simple abstention consistant à avoir omis de déclarer un compte courant ». La critique repose sur deux principes fondamentaux du droit pénal. D'une part, est avancée la violation du principe de légalité pénale – les articles 5 et 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, les articles 6 et 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme, l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, l'article 111-3 du Code pénal. D'autre part, est aussi méconnu le principe d'interprétation stricte, le premier corollaire naturel de la légalité pénale, prévu à l'article 111-4 du Code pénal et découlant des mêmes articles sources à valeur constitutionnelle ou internationale. En effet, il est de jurisprudence constante que le juge ne peut punir l'omission, sauf si elle est expressément prévue par le texte d'incrimination. Le principe de l'interdiction de l'assimilation judiciaire de l'omission à la commission date de l'affaire dite de la « Séquestrée de Poitiers », affaire de principe, même si l'arrêt émane seulement d'une juridiction du fond, la Cour d'appel de Poitiers, en date du 19 novembre 1901. Conséquence directe de l'interprétation stricte, qui enferme le juge dans le carcan du texte, et indirecte de la légalité

pénale, qui rend le législateur seul maître de la répression pénale, ce principe résiste aux assauts de l'interprétation dynamique revendiquée et portée par l'autorité judiciaire. À ce titre, cet arrêt est remarquable, s'inscrivant dans le respect des grands principes du droit pénal et livrant une analyse juridique de grande qualité.

La Cour de cassation casse et annule l'arrêt de condamnation et dispense une leçon de droit aux juges du fond. Se fondant sur l'article 314-7 du Code pénal, la Chambre criminelle énonce que « *le délit d'organisation frauduleuse d'insolvabilité n'est caractérisé que lorsque les actes poursuivis ont pour objet ou effet d'organiser ou d'aggraver l'insolvabilité de leur auteur* ». En se penchant sur les éléments de l'espèce, les juges concluent que « *le silence gardé par une personne sur un élément d'actif de son patrimoine ou la minoration de son évaluation est sans effet sur la solvabilité et ne peut en conséquence caractériser le délit* ». Cette décision parfaitement claire appelle deux observations. D'une part, la Cour de cassation continue de faire œuvre d'exégèse et interprète les textes en leur donnant tout leur sens sans les étendre au-delà de leur capacité d'application. Son rôle de gardienne de la bonne application de la loi se trouve légitimée et renforcée par cette sagesse judiciaire. D'autre part, la Cour de cassation est tenue de descendre de plus en plus dans les circonstances de l'espèce et les faits. Si la portée générale de son attendu est incontestable, la reprise d'éléments de fait due aux nouvelles normes de rédaction allant de pair avec le contrôle de proportionnalité dont elle se trouve investie tend à amoindrir la visibilité de la portée de sa solution.

PRESCRIPTION EN MATIÈRE CONTRAVENTIONNELLE – ACTE INTERRUPTIF

Crim. 1^{er} septembre 2020, n° 19-87.157, publ. Bull.

Une personne a été poursuivie pour avoir commis l'infraction de stationnement gênant de véhicule sur un emplacement réservé aux livraisons. Le tribunal de police a accueilli l'exception de prescription de l'action publique soulevée par le prévenu alors que le ministère public faisait valoir un acte interruptif de la prescription par la consultation du fichier national du permis de conduire avec émission du relevé intégral de points. Le juge constate que se sont écoulés entre la commission de l'infraction et le réquisitoire aux fins de citation un an et deux jours. Cela dépasse la durée de prescription d'un an et la consultation du fichier national des permis de conduire ne peut être considérée comme un acte interruptif notamment « lorsque la consultation vise une infraction ne donnant pas lieu à retrait de points du permis de conduire ».

Le ministère public forme un pourvoi en cassation à l'encontre du jugement de relaxe du tribunal de police. La consultation du fichier national des permis de conduire manifesterait « un acte positif d'instruction lorsqu'elle intervient dans les délais de la prescription » manifestant la volonté de poursuivre, « quand bien même l'infraction au code de la route poursuivie ne prévoyait pas de retrait de point ».

La Cour de cassation casse et annule le jugement et rappelle les règles applicables à la prescription en matière contraventionnelle. En vertu de l'article 9 du Code de procédure pénale, la contravention se prescrit « par une année révolue à compter du jour où l'infraction a été commise si dans cet intervalle il n'a été effectué aucun acte

d'instruction ou de poursuite ». L'arrêt appelle deux remarques, une implicite et une autre explicite.

D'une part, même si cela ne figure pas dans l'arrêt, il convient de souligner que la loi du 27 février 2017 relative à la prescription a unifié les prescriptions de l'action publique et de la peine en matière criminelle et délictuelle, mais a maintenu deux délais différents en matière contraventionnelle. Si l'action publique se prescrit par un an, la prescription de la peine est de trois ans, conciliant ainsi les besoins d'une justice rapide et efficace dans le cadre d'un contentieux de masse et une recherche d'efficacité dans le cadre de l'exécution de peines essentiellement patrimoniales.

D'autre part, l'article 9-2 du Code de procédure pénale définit les actes d'interruption de la prescription et leur effet. Les actes interruptifs sont des actes émanant du ministère public ou de la partie civile, tendant à la mise en mouvement de l'action publique, tout acte d'enquête émanant du ministère public, tout procès-verbal dressé par un officier de police judiciaire ou un agent habilité exerçant des pouvoirs de police judiciaire tendant effectivement à la recherche et à la poursuite des auteurs d'une infraction, tout acte d'instruction accompli par un juge d'instruction, une chambre de l'instruction ou des magistrats et officiers de police judiciaire par eux délégués, tendant effectivement à la recherche et à la poursuite des auteurs d'une infraction, tout jugement ou arrêt, même non définitif, s'il n'est pas entaché de nullité. L'acte interruptif a pour effet de renouveler la prescription et fait courir un délai de prescription d'une durée égale au délai initial.

La Cour de cassation affirme que « la consultation du fichier national des permis de conduire constitue, dans tous les cas, un acte d'instruction ou de poursuite, interruptif de prescription de l'action publique » et, pour dissiper tout doute et éviter toute contestation, précise qu'il « en est de même lorsque la consultation vise une

infraction ne donnant pas lieu à retrait de points du permis de conduire ». Cette solution semble recevoir une approbation en théorie et en pratique. En théorie, l'acte interruptif doit manifester la volonté d'engager des poursuites et s'apparente à des investigations. La consultation du fichier national des permis de conduire et la demande de relevé intégral des points ne peuvent résulter d'une autre démarche. En pratique, la solution doit être saluée, car elle prend en compte l'allègement du formalisme en matière contraventionnelle et adapte les exigences des investigations à la gravité des enjeux. Mais cela ne devrait pas conduire à un relâchement des efforts en matière de poursuite des contraventions en considérant que l'on a « encore » ou « toujours » le temps.

IMMUNITÉ DE JURIDICTION DES CHEFS D'ÉTAT ÉTRANGERS EN EXERCICE

Crim. 2 septembre 2020, n° 18-84682, publ. Bull.

Deux personnes ont déposé plainte avec constitution de partie civile en France des chefs de torture et actes de barbarie à l'encontre du Président de la République d'Égypte qui devait effectuer une visite officielle en France de deux jours. Le premier plaignant indiquait qu'il avait manifesté avec des milliers de manifestants au Caire et avait été blessé et hospitalisé à la suite d'une importante hémorragie oculaire, indiquant que « les forces de l'ordre avaient lancé des explosifs lacrymogènes et avaient tiré à balles réelles ». Le deuxième plaignant indiquait avoir été arrêté, alors qu'il faisait des investigations sur des violations des droits de l'Homme, et avoir été interrogé et torturé à plusieurs reprises. Le juge d'instruction de Paris déclare par ordonnance qu'il n'y avait pas lieu d'informer en

raison du principe d'immunité juridictionnelle des chefs d'État étrangers en exercice et a déclaré les plaintes irrecevables. Confirmée par la chambre de l'instruction, la décision est frappée de pourvoi.

Le pourvoi conteste l'immunité de juridiction pénale des États étrangers et de leurs représentants en raison de la prohibition de la torture qui constitue un interdit fondamental en droit international. Par conséquent, « le juge d'instruction a l'obligation d'informer sur tous les faits résultant de la plainte, sous toutes les qualifications possibles ». Progressivement, le pourvoi considère que l'immunité n'est pas applicable, en principe. Si les juges français devaient retenir le contraire, il serait possible de se placer dans le cadre d'une exception.

En premier lieu, la Chambre criminelle de la Cour de cassation corrige l'analyse juridique du fondement de la décision. La Cour de cassation mobilise l'article 689 du Code de procédure pénale, selon lequel les auteurs ou complices d'infractions commises hors du territoire de la République peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises, soit lorsque, conformément aux dispositions du Livre premier du Code pénal ou d'un autre texte législatif, la loi française est applicable, soit lorsque la convention internationale ou un acte pris en application du traité instituant les communautés européennes donnent compétence aux juridictions françaises pour connaître de l'infraction. Cet article fonde la compétence dite universelle de la loi pénale française qui permet d'appliquer la loi française, alors même que l'infraction est commise à l'étranger par un étranger sur un étranger ne permettant aucun rattachement de l'infraction à la loi pénale française, ni sur un fondement territorial, personnel ou réel, seulement parce que la personne se trouve en France. La loi pénale trouve à s'appliquer en puisant sa légitimité dans une convention internationale. Plus précisément, ici, l'article

689-2 renvoie à l'application de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New York le 10 décembre 1984, et les juges mobilisent aussi le droit coutumier international, dont s'est inspirée cette Convention qui « accorde au chef d'État d'envoi, quand il se trouve à la tête d'une mission spéciale, des privilèges et immunités dans le pays de réception, et notamment l'immunité de la juridiction pénale de l'État où il effectue une visite officielle ».

La Chambre criminelle corrige cette analyse juridique, même si cela n'entraîne pas de conséquence sur la validité de la décision. Les plaintes ne devaient pas être déclarées irrecevables. En effet, les conditions de recevabilité posées par l'article 2 du Code de procédure pénale étaient remplies par les faits, « à les supposer établis, qui étaient de nature à causer aux plaignants un préjudice personnel et direct ». Cependant, l'obligation d'instruire de la juridiction d'instruction, régulièrement saisie d'une plainte avec constitution de partie civile, cesse « si, pour des causes affectant l'action publique elle-même, les faits ne peuvent comporter légalement une poursuite ou si, à les supposer démontrés, ils ne peuvent admettre aucune qualification pénale » (art. 86, CPP). La Cour de cassation tire toutes les conséquences de l'articulation de ces obligations qui, loin d'être contradictoires, sont en réalité complémentaires. Dans un premier temps, « le juge d'instruction a généralement l'obligation d'informer sur tous les faits résultant de la plainte, sous toutes les qualifications possibles », qui permet seulement au juge de vérifier que l'immunité de juridiction des États étrangers et de leurs représentants trouve bien à s'appliquer dans le dossier dont il est saisi. Dès lors, la cassation ne doit pas être prononcée, car la plainte « est claire et précise dans ses imputations des faits dénoncés à la seule personne visée, à savoir le chef de l'État, de sorte qu'aucun acte d'information n'est nécessaire pour

dire que le principe d'immunité pénale, reconnue par la coutume internationale au bénéfice des États et des chefs d'État en exercice, doit être retenu ». Mais elle ne peut conclure sans répondre à la critique selon laquelle « l'interdiction de la torture en droit international public présente un caractère impératif qui constitue bien une "disposition internationale contraire" s'imposant aux parties concernées », de sorte qu'une obligation de juger s'imposerait au juge français.

Ensuite, la Cour de cassation rappelle que « la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'État en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger » et qu'il appartient « à la communauté internationale de fixer les éventuelles limites de ce principe, lorsqu'il peut être confronté à d'autres valeurs reconnues par cette communauté, et notamment celle de la prohibition de la torture ». La Chambre criminelle observe sobrement et clairement que « l'état du droit international, le crime dénoncé, quelle qu'en soit la gravité, ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'État étrangers en exercice ». Ainsi, elle ne s'érige pas en Parlement obscur, modifiant la loi applicable, ni en Gouvernement implicite, écrivant de nouvelles obligations diplomatiques. Il lui est demandé de « censurer » l'immunité des chefs d'État étrangers en exercice par la voie du contrôle de conventionnalité et, plus particulièrement, l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales qui garantit le droit d'accès à un tribunal. Cependant, ce droit ne semble nullement méconnu dans la mesure où il ne connaît pas de restriction disproportionnée, « dès lors que cette limitation est consacrée par le droit international et ne va pas au-delà des règles généralement reconnues en matière

d'immunité des États ».

CUMUL IDÉAL DE QUALIFICATIONS – *NE BIS IN IDEM*

Crim. 9 septembre 2020, n° 19-84.301, publ. Bull.

Le principe *ne bis in idem* continue d'irriguer et d'inspirer la Cour de cassation qui se prononce sur une question classique de cumul d'escroquerie et de faux.

Une infirmière libérale déclare de nombreux actes fictifs ou surcotés en utilisant aussi bien un système de transmission dématérialisée que l'établissement de feuilles papier. La progression de son activité entraîne le remboursement indu de prestations pour un montant global de près d'un million d'euros. Des caisses d'assurance maladie et des mutuelles portent plainte. À l'issue d'une information judiciaire, l'infirmière est poursuivie pour escroquerie, faux et usage. Le tribunal correctionnel la déclare coupable et la condamne notamment à une confiscation, décision confirmée par la Cour d'appel. L'infirmière forme un pourvoi en cassation.

Le pourvoi repose sur la violation de la règle *ne bis in idem*, car l'arrêt a retenu la double déclaration de culpabilité pour l'infraction de faux, constituée par les fausses ordonnances et leur usage, et pour l'infraction d'escroquerie, constituée par ces mêmes fausses ordonnances. La Cour de cassation admet le principe énoncé par le pourvoi, mais ne lui trouve pas d'application en l'espèce puisque « des faits qui procèdent de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable ne peuvent donner lieu, contre le même prévenu, à deux déclarations de culpabilité de nature pénale, fussent-elles concomitantes ». Or, les juges du fond avaient cumulé trois qualifications pénales en l'espèce.

L'infraction de faux consiste en une altération de la vérité dans un support d'expression de la pensée, selon l'article 441-1 du Code pénal, et se distingue de son utilisation constitutive du délit d'usage de faux. Ces infractions sont constituées ici par deux comportements distincts – « la réalisation et l'utilisation de fausses prescriptions censées avoir été rédigées par des médecins ».

L'escroquerie, définie à l'article 313-1 du Code pénal, punit une remise provoquée par l'utilisation de certains moyens de tromperie causant un préjudice à autrui. Tous les mensonges ne sont pas punissables, seuls ceux visés par le Code pénal entraînent la qualification pénale du comportement – le faux nom, la fausse qualité, l'abus de qualité vraie ou les manœuvres frauduleuses. Si les trois premiers moyens sont constitués par des mensonges simples, la Chambre criminelle définit les manœuvres frauduleuses comme un mensonge renforcé par des éléments extérieurs lui donnant force et crédit. Trois moyens sont systématisés par la jurisprudence – la production d'un écrit, l'intervention d'un tiers ou la mise en scène. Cependant, depuis 2011, on observe un infléchissement de la jurisprudence sur ce dernier moyen et la Cour de cassation allège sensiblement ses exigences en se contentant d'un stratagème composé d'un mensonge seul qui tire sa force du moyen de transmission utilisé. Il est intéressant de remarquer que les juges du fond ont retenu les deux définitions de manœuvres frauduleuses. Si, dans un premier temps, les juges pointent l'utilisation des cartes vitales afin de demander le remboursement par le système électronique, constituant un mensonge simple tirant sa véracité du vecteur de transmission utilisé, dans un second temps, ils caractérisent les manœuvres frauduleuses par l'envoi des feuilles papier par les patients, élément extérieur apportant « force et crédit » au mensonge portant sur les soins prodigués. Ces comportements s'accompagnent de l'utilisation de fausses

ordonnances médicales pour permettre les facturations fictives.

La Cour de cassation considère que le cumul des infractions de faux et d'escroquerie est parfaitement justifié, car la réalisation des faux est totalement distincte de l'escroquerie. En revanche, « les faits d'usage sont de nature à procéder des mêmes faits que ceux retenus pour les manœuvres frauduleuses ». Il n'y a pas de violation du principe *ne bis in idem*, car « la Cour de cassation est en mesure de s'assurer que les juges se sont fondés, au titre du faux, sur des faits de falsification d'ordonnances médicales qui sont distincts des faits d'utilisation de ces documents retenus comme élément de l'escroquerie à des fins de facturation de soins fictifs ».

La solution est intéressante et mérite d'être soulignée. Le cumul des qualifications d'escroquerie et de faux fait partie des illustrations classiques de cumul en cas de concours idéal de qualifications. En cas d'identité de faits, le cumul est fondé sur la différence de valeurs sociales protégées par les incriminations, ce qui entraîne nécessairement une différence du point de vue de l'élément moral des incriminations. L'escroquerie, illustration classique des appropriations frauduleuses, protège le droit de propriété intégré au Livre III, alors que le faux protège la confiance publique se trouvant défini dans le Livre IV. Il est important de souligner que les juges du fond, suivis par la Cour de cassation, ne se sont pas lancés dans ces justifications. Ils ont cumulé les qualifications pénales de faux et d'escroquerie reposant sur des faits différents. En revanche, ils semblent avoir laissé de côté l'usage de faux, absorbé par les manœuvres frauduleuses de l'escroquerie. Cela ne pose pas de difficulté, dans la mesure où il y a une unité de répression entre le faux et l'usage de faux, même si les comportements visés sont différents.

NOVEMBRE

2020



CREOGN
CENTRE DE RECHERCHE
DE L'ÉCOLE DES OFFICIERS DE LA GENDARMERIE NATIONALE

REFUS DE SE SOUMETTRE À UN PRÉLÈVEMENT BIOLOGIQUE ET AU RELEVÉ D'EMPREINTES DIGITALES

Crim. 28 octobre 2020, n° 19-85812, publ. Bull.

Une femme est interpellée lors d'une manifestation dite « des Gilets jaunes ». Une cinquantaine de personnes ont jeté des projectiles sur les policiers et procédé à diverses dégradations sur un poste de police (« *caméras de surveillance arrachées, graffitis sur les murs, projectiles lancés sur les vitres, banderoles embrasées avec un début d'incendie, destruction de la guérite d'entrée, visiophone endommagé, utilisation d'un fumigène* »). Placée en garde à vue, elle refuse de se soumettre au prélèvement biologique destiné à recueillir son empreinte génétique, ainsi qu'au relevé de ses empreintes digitales. Le tribunal correctionnel la déclare coupable des faits visés à la prévention et la condamne à quatre mois d'emprisonnement pour les faits de dégradations aggravées et de refus de se soumettre aux relevés signalétiques, ainsi qu'à deux mois d'emprisonnement pour le refus de se soumettre au prélèvement biologique. La Cour d'appel confirme la décision et la prévenue forme un pourvoi en cassation. Elle soutient plusieurs arguments critiquant la régularité de la garde à vue, qui sont écartés par la Cour de cassation, en vertu de sa jurisprudence déjà bien établie sur cette question, mais elle soulève aussi certains arguments relatifs au refus de prélèvement biologique et d'empreintes. Même s'ils ne reçoivent pas un écho favorable de la part de la Cour de cassation, il est intéressant de les reprendre. Seul le régime juridique des prélèvements biologiques sera développé, les règles applicables aux relevés d'empreintes digitales étant similaires, mais plus classiques et ne soulevant pas les mêmes

problématiques du point de vue du respect de la dignité et de l'inviolabilité du corps. Le régime juridique des prélèvements biologiques est défini par le Code de procédure pénale, autant dans sa partie législative (articles 706-54 s.) que réglementaire (article R 53-9).

L'article 706-54 du Code de procédure pénale met en place le fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG) qui est destiné à centraliser les empreintes génétiques relatives à certaines infractions mentionnées à l'article 706-55. La liste établie par cet article est longue et comprend aussi bien des infractions contre les personnes (les crimes contre l'humanité et les crimes et délits d'atteintes volontaires à la vie de la personne, de torture et actes de barbarie, de violences volontaires, de menaces d'atteintes aux personnes, de trafic de stupéfiants, d'atteintes aux libertés de la personne, de traite des êtres humains, de proxénétisme, d'exploitation de la mendicité et de mise en péril des mineurs) que les infractions contre les biens (les crimes et délits de vols, d'extorsions, d'escroqueries, de destructions, de dégradations, de détériorations et de menaces d'atteintes aux biens) ou les infractions contre la Nation, l'État ou la paix publique (les atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation, les actes de terrorisme, la fausse monnaie, l'association de malfaiteurs et les crimes et délits de guerre), ainsi que les infractions relatives aux armes (le trafic, la fabrication et le commerce, les importations, exportations, transferts, etc.). Mais la liste ne serait pas complète sans parler de son début et de sa fin.

Au tout début de la liste figurent les infractions qui ont justifié la création du FNAEG, à savoir les infractions sexuelles qui cristallisent la volonté du législateur qui a imaginé ce moyen spécial pour les combattre et qui l'a ensuite étendu à d'autres infractions. Si la

rédaction de l'article 706-55 renvoie expressément à l'article 706-47, il est possible de remarquer que sont concernées toutes les agressions sexuelles, y compris le viol, les atteintes sexuelles, ainsi que les propositions sexuelles faites à des mineurs par voie électronique ou les messages pornographiques à destination des mineurs.

La fin de l'article 706-55 est tout aussi intéressante, car elle permet de comprendre la méthode du législateur, puisque l'alinéa 6° permet de centraliser les empreintes génétiques des personnes ayant commis des infractions de recel ou de blanchiment du produit de l'une des infractions mentionnées. Cela signifie que le droit pénal combat avec la même ardeur les auteurs des infractions principales que les auteurs des infractions de conséquence qui entretiennent et inspirent les premières.

Si la liste des infractions visées par le FNAEG est très large, le prélèvement concerne, bien évidemment, une personne et l'article retient une définition tout aussi large et englobante.

Les prélèvements biologiques visent les personnes impliquées dans une infraction visée sur la liste légale, qu'elles soient identifiées ou non. Si leur implication peut être diverse, elle détermine un régime juridique différent. D'une part, le FNAEG est automatiquement nourri par les empreintes génétiques identifiées de personnes déclarées coupables ou pénalement irresponsables en raison d'un trouble mental total pour l'une des infractions précédemment mentionnées. Dans cette dernière hypothèse, leur implication matérielle dans la commission de l'infraction est prouvée, mais leur responsabilité pénale ne peut être retenue en raison d'une absence d'imputabilité causée par une abolition de leur discernement ou de leur volonté. Dans cette même logique, l'article 706-56-1 permet d'inscrire au FNAEG les empreintes génétiques des personnes de

nationalité française, ou de nationalité étrangère résidant de façon habituelle sur le territoire national, et qui ont été condamnées par une juridiction pénale étrangère pour une infraction de même nature lorsque ces condamnations, en application d'une convention ou d'un accord international, ont fait l'objet d'un avis aux autorités françaises ou ont été exécutées en France à la suite du transfèrement des personnes condamnées. Cette inscription ne se fait pas automatiquement mais sur demande du procureur de la République.

En revanche, lorsqu'il n'y a pas de décision judiciaire, même si la personne est identifiée, la procédure s'entoure de conditions supplémentaires. Le FNAEG peut être alimenté par les empreintes génétiques des personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une de ces infractions, mais uniquement sur décision d'un officier de police judiciaire agissant, soit d'office, soit à la demande du procureur de la République ou du juge d'instruction. Il peut être intéressant de mentionner que cette même procédure permet de procéder au rapprochement de l'empreinte avec les données incluses au fichier, sans toutefois que cette empreinte puisse y être conservée. D'autre part, une procédure distincte d'enregistrement permet d'ajouter les empreintes génétiques recueillies à l'occasion des procédures de recherche des causes de la mort ou des causes d'une disparition ou des recherches aux fins d'identification de personnes décédées dont l'identité n'a pu être établie, selon l'article 16-11 du Code civil, à l'exception des militaires décédés à l'occasion d'une opération conduite par les forces armées ou les formations rattachées.

Le FNAEG a été considéré comme un outil criminalistique probatoire important concentrant les efforts du législateur afin de le rendre

indispensable. Mais les prélèvements biologiques peuvent constituer une atteinte à l'intégrité du corps humain, garantie par l'article 16 du Code civil, selon lequel « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie », raison pour laquelle ils ne peuvent être imposés de force. Afin d'en garantir, cependant, l'effectivité, le législateur a accompagné la création du FNAEG d'un délit de refus de prélèvement génétique.

L'article 706-56 prévoit que l'officier de police judiciaire (OPJ) peut procéder ou faire précéder sous son contrôle à des prélèvements biologiques permettant l'analyse de l'empreinte génétique à l'égard des personnes identifiées qui sont condamnées ou contre lesquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions mentionnées dans le cadre de ces articles. Cependant, l'OPJ est soumis au principe de respect de l'intégrité du corps humain et ne peut imposer un prélèvement biologique, tout au plus peut-il réaliser l'identification d'une empreinte génétique à partir de matériel biologique « qui se serait naturellement détaché du corps de l'intéressé ». Afin de renforcer l'impérativité de cette analyse, le refus de prélèvement constitue un délit puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Lorsque la personne a été condamnée pour crime, se fondant sur une certitude de culpabilité dans le cadre des infractions les plus graves, la peine est doublée et portée à deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende. La loi punit le refus, ainsi que la fraude, dans le cadre de l'identification génétique. Ainsi, le fait, pour une personne faisant l'objet d'un prélèvement, de commettre ou de tenter de commettre des manoeuvres destinées à substituer à son propre matériel biologique le matériel biologique d'une tierce personne, avec ou sans son accord, est puni de trois ans

d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

Le législateur crée donc trois délits différents avec un *crescendo* de répression afin de pousser la personne à accepter le prélèvement biologique. Le régime juridique de l'application de la peine s'inscrit aussi dans le même sens répressif. En premier lieu, les peines prononcées pour les délits prévus au présent article se cumulent, sans possibilité de confusion, avec celles que la personne subissait ou celles prononcées pour l'infraction ayant fait l'objet de la procédure à l'occasion de laquelle les prélèvements devaient être effectués. Ensuite, lorsque les infractions prévues par le présent article sont commises par une personne condamnée, elles entraînent de plein droit le retrait de toutes les réductions de peine dont cette personne a pu bénéficier et interdisent l'octroi de nouvelles réductions de peine.

Cependant, la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance a modifié la philosophie de la loi en autorisant des prélèvements sans l'autorisation de l'intéressé, sur réquisitions écrites du procureur de la République, uniquement lorsqu'il s'agit d'une personne condamnée ou déclarée irresponsable pour cause de trouble mental total pour un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement. Il est possible de constater que l'autorité judiciaire contrôle le prélèvement en la personne du représentant du ministère public (sans entrer ici dans le débat récurrent de savoir si le Parquet fait partie de l'autorité judiciaire au sens de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme) et que la mesure contraignante vise exclusivement les infractions les plus graves constituées par les qualifications criminelles ou délictuelles lorsqu'elles font encourir la peine maximale sur l'échelle des peines correctionnelles.

Si les règles de centralisation des empreintes génétiques sont

relativement stables depuis 2011, en revanche, le droit pénal français a dû modifier substantiellement les règles d'effacement et de contrôle de l'enregistrement des données.

La durée de conservation des données est déterminée à la partie réglementaire du Code de procédure pénale à laquelle renvoie la partie législative. L'article R 53-14 fixe spécialement la durée maximale de conservation. Cette dernière ne saurait dépasser quarante ans lorsqu'il s'agit d'empreintes génétiques de personnes condamnées ou déclarées pénalement irresponsables pour cause de trouble mental ou de traces biologiques prélevées dans le cadre de recherches en vue de l'identification d'une personne. En revanche, les échantillons biologiques prélevés dans le cadre d'une enquête préliminaire, d'une enquête pour crime ou délit flagrant, ou d'une instruction préparatoire sur les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions visées, ne peuvent être gardés pour une durée supérieure à vingt-cinq ans. Ce dispositif appelle deux remarques.

D'une part, le Conseil constitutionnel a validé le procédé du renvoi législatif au texte réglementaire pour fixer le délai de conservation des données génétiques, car « dès lors, il appartient au pouvoir réglementaire de proportionner la durée de conservation de ces données personnelles, compte tenu de l'objet du fichier, à la nature ou à la gravité des infractions concernées » (décision du Conseil constitutionnel 2010-25, QPC 16 septembre 2010).

D'autre part, la Cour européenne des droits de l'Homme, dans son arrêt du 22 juin 2017, *Aycaguer c/ France*, s'est prononcée sur le FNAEG. La Cour affirme qu'elle a pleinement conscience que pour remplir « leur devoir de protection des populations », les autorités nationales créent des fichiers qui contribuent efficacement à la répression et à la prévention de certains infractions, notamment les

infractions sexuelles pour lesquelles le FNAEG a été créé. L'enregistrement de profil ADN, donnée relative à la vie privée d'un individu, constitue une ingérence au sens de l'article 8. M. Aycaguer a été arrêté pour participation à une manifestation et dégradation volontaire, mais a refusé de se soumettre aux prélèvements biologiques. Si l'ingérence est considérée comme prévue par la loi et « poursuivant un but légitime », la Cour remarque que l'article R 53-14 prévoit une durée maximale de conservation pour ces infractions qui présenteraient toutes « un certain degré de gravité ». Or, cette période maximale aurait dû être aménagée par décret. Le décret n'ayant pas été adopté, le délai de quarante ans s'applique, alors qu'il s'agit plutôt d'une norme que d'un maximum.

La Cour européenne renvoie spécifiquement à la décision du Conseil constitutionnel de 2016 exigeant que le décret proportionne la durée de conservation des données personnelles à la nature ou à la gravité des infractions concernées. Elle remarque que l'état du droit français est lacunaire de ce point de vue, ne permettant pas de distinguer certaines infractions, comme celles commises par M. Aycaguer (des coups de parapluie en direction de gendarmes qui n'ont pas été identifiés, donc sans résultat tangible ou incapacité totale de travail), d'infractions particulièrement graves à l'instar des infractions sexuelles, du terrorisme, etc. La Cour européenne constate aussi que la procédure d'effacement n'existe que pour les personnes soupçonnées d'infraction, mais pas pour celles qui ont été condamnées, qui devraient aussi pouvoir en bénéficier. Compte tenu des règles insuffisantes de conservation et d'effacement des empreintes génétiques au FNAEG, les juges européens considèrent que la condamnation d'une personne pour refus de se soumettre à un prélèvement biologique constitue « une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée et ne peut passer pour nécessaire dans une société démocratique ».

Afin de parer aux dernières critiques européennes, la loi du 23 mars 2019 (loi n° 2019-222 de programmation et de réforme de la justice) a créé un nouvel article – l'article 706-54-1 qui prévoit les règles d'effacement des données. Pour les personnes condamnées, la décision d'effacement est prise sur instruction du procureur de la République agissant sur demande de l'intéressé. Pour les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants, l'effacement des données est effectué sur instruction du procureur agissant, cette fois-ci, soit d'office, soit sur demande de l'intéressé. Dans un cas comme dans l'autre, l'effacement des données est décidé lorsque leur conservation n'apparaît plus nécessaire compte tenu de la finalité du fichier.

Dans l'arrêt du 28 octobre 2020, la Cour d'appel avait condamné la manifestante pour refus de se soumettre à un prélèvement biologique. Le pourvoi conteste la condamnation en utilisant trois arguments. D'une part, l'obligation de se soumettre à un prélèvement biologique en vue de permettre l'inscription au FNAEG constitue une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CSDHMF), en permettant la conservation des données pendant une durée fixe de 25 ou 40 ans, « sans distinguer selon la gravité des faits ou des infractions en cause » (il est aisé de reconnaître l'inspiration tirée de l'arrêt *Aycaguer*). D'autre part, le prélèvement biologique ne peut être demandé que lorsqu'il y a des indices graves ou concordants rendant vraisemblable que la personne ait commis l'une des infractions limitativement énumérées au Code de procédure pénale. La personne avait été relaxée dans le cadre de la prévention de destruction de bien public en réunion, cependant, les indices graves et concordants de commission de cette infraction

avaient permis de la condamner pour refus de prélèvement. Enfin, en tant que suite logique de l'argument précédent, s'il n'y a pas de preuve de l'infraction cadre de l'enregistrement au FNAEG, il ne saurait y avoir de délit de refus de prélèvement.

La Cour de cassation rejette les différentes critiques formulées. Le raisonnement de la Cour de cassation apparaît clairement dès le rappel des règles applicables. L'article 706-54 autorise l'inscription au FNAEG des empreintes génétiques d'une personne à l'encontre de laquelle il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait commis l'une des infractions limitativement énumérées. Le refus de se soumettre au prélèvement constitue une infraction en elle-même. Si la personne n'est pas condamnée pour l'infraction pour laquelle elle est poursuivie, cela n'a pas d'importance, car la loi autorise l'enregistrement de données relatives à la personne soupçonnée et pas uniquement à la personne condamnée pour la commission de l'infraction. Le refus de prélèvement est une infraction autonome et pas une infraction de conséquence qui repose sur l'existence d'une infraction précédente. Elle sanctionne un comportement distinct qui lui assure une autonomie de qualification pénale et de régime juridique. C'est la raison pour laquelle la personne bénéficie de garanties indépendantes dans la mesure où elle peut demander l'effacement de ses données et, en cas de refus, dispose d'un recours juridictionnel effectif.

L'enseignement que tire la Cour de cassation de cette situation juridique est intéressant, car les indices graves et concordants de commission d'une infraction déclenchent une double conséquence procédurale. En premier lieu, la personne peut être placée en garde à vue. En second lieu, pendant la garde à vue, elle est tenue de se soumettre au prélèvement biologique. Le refus constitue le délit

prévu par l'article 706-56 du Code de procédure pénale. Le délit est consommé au moment du refus et ne peut être modifié par le cours ultérieur de la procédure. La décision de relaxe, tout comme celle de condamnation, n'a pas d'effet sur l'obligation de se soumettre au prélèvement. Si la personne est condamnée, cela ne fait pas naître de nouvelles obligations à son égard. Parallèlement, si elle est relaxée, cela n'efface pas le délit de refus de se soumettre au prélèvement précédemment commis. Ce dernier a été entièrement consommé et la modification postérieure de la situation juridique n'efface ni la qualification pénale, ni la responsabilité pénale qui en découle. Le Code de procédure pénale autorise le prélèvement à l'égard des personnes soupçonnées, pas seulement à l'égard des personnes condamnées. Or, la relaxe ultérieure ne fait pas disparaître les « indices graves et concordants » qui ont justifié le prélèvement dans un cadre procédural distinct. La décision du Conseil constitutionnel du 16 septembre 2016 contenait déjà cette appréciation lorsque les juges affirmaient « l'obligation pénalement sanctionnée de se soumettre au prélèvement, qui n'implique pas davantage de reconnaissance de culpabilité, n'est pas contraire à la règle selon laquelle nul n'est tenu de s'accuser ; que, dès lors, ces dispositions ne portent pas atteinte à la présomption d'innocence », montrant que l'on se plaçait nécessairement avant la décision de condamnation. En tirant toutes les conséquences utiles de ce raisonnement, la Chambre criminelle considère ainsi que, ni le prélèvement, ni le délit de refus de prélèvement ne constituent des ingérences excessives dans le droit à la vie privée et familiale, reconnu à l'article 8 CSDHLF.

Afin d'appuyer et de conforter la décision de la Cour de cassation, il peut être utile de rappeler que le Conseil constitutionnel aboutit à cette même conclusion dans sa décision du 16 septembre 2010 en affirmant que le dispositif mis en œuvre dans le Code de procédure

pénale permet d'assurer « entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée ».

Il convient d'apporter deux précisions supplémentaires sur le FNAEG, même si elles ne ressortent pas de l'arrêt évoqué.

D'une part, le prélèvement biologique en vue de l'enregistrement des données génétiques dans un fichier a été critiqué comme un traitement inhumain ou dégradant portant atteinte à l'intégrité du corps humain ou à la dignité. La décision du Conseil constitutionnel a écarté ces critiques, considérant que manquent « les griefs tirés de l'atteinte à l'inviolabilité du corps humain, au principe du respect de la dignité de la personne humaine et à la liberté individuelle ».

D'autre part, ces mesures techniquement nouvelles sont censées s'appliquer à des cadres divers. Une difficulté d'application de ces mesures dans le temps surgit pour les personnes condamnées. L'enregistrement des données peut-il concerner les personnes ayant commis des infractions avant la création du FNAEG ? La Cour de cassation a admis l'application rétroactive de l'enregistrement des données génétiques pour les auteurs d'infractions commises avant son entrée en vigueur et est allée encore plus loin en l'admettant aussi pour les personnes ayant subi des condamnations antérieures. Cette solution s'appuie sur la nature intrinsèque de l'enregistrement des données génétiques dans un fichier qui constitue une mesure de sûreté, puisqu'elle se fonde sur l'état de dangerosité de la personne qui y est soumise. Si l'application semble rétroactive du point de vue de l'infraction commise ou de la condamnation prononcée, elle est en réalité immédiate, car elle se fonde sur l'état dangereux concomitant au jugement et à la décision d'inscription dans le FNAEG. Les mesures de sûreté connaissent un régime dérogatoire d'application dans le temps qui s'exprime avec

force dans le cadre des prélèvements biologiques et des inscriptions dans le cadre de fichiers automatisés de données.

L'effet d'impérativité de la loi pénale est ici maximal, car cela aboutit à une application immédiate du délit de refus de prélèvement biologique. Même lorsque les faits commis ou condamnés ont été antérieurs à la création du FNAEG et donc du délit de refus de prélèvement, ce dernier s'y applique. L'article 706-56 du Code de procédure pénale punit le refus de prélèvement et nullement les faits commis antérieurement, qui ne font que déterminer le champ d'application de l'obligation violée. Dans ce cas, le délit saisit immédiatement le refus sans égard pour les faits qui ont servi de fondement à la condamnation pour l'infraction commise. L'autonomie de l'infraction est pleinement affirmée par cette analyse et va dans le même sens que la règle rappelée par l'arrêt du 28 octobre 2020.

VIOL

Crim. 14 octobre 2020, n° 20-83273, inédit

Une jeune femme de dix-neuf ans a dénoncé l'ex-compagnon de sa mère qui, depuis ses treize ans, a pris l'habitude de lui imposer de se déshabiller, lui caressant le vagin et les fesses, se frottant contre elle et lui léchant le sexe, sous prétexte de prétendues punitions destinées à la corriger. Le juge d'instruction a notamment requalifié les faits de viol commis par une personne ayant autorité sur la victime en faits d'agression sexuelle incestueuse par personne ayant autorité sur la victime et renvoyé le mis en examen devant le tribunal correctionnel. La chambre de l'instruction a confirmé l'ordonnance. Les juges estiment que la pénétration doit avoir été « d'une profondeur significative » pour constituer un viol, ce qui ne

semble pas être le cas en l'espèce puisque la victime indique que l'auteur l'a « pénétrée avec sa langue à force d'insister », mais que cette déclaration n'était « assortie d'aucune précision en termes d'intensité, de profondeur, de durée ou encore de mouvement », de sorte qu'elle « ne caractérisait pas suffisamment une introduction volontaire au-delà de l'orée du vagin, suffisamment profonde pour caractériser un acte délibéré ».

La victime forme un pourvoi en cassation critiquant les juges d'instruction d'avoir ajouté à la loi une condition qu'elle ne comportait pas, puisque l'article 222-23 ne comporte pas de condition quant à la profondeur ou l'intensité de la pénétration pour caractériser le viol. La Cour de cassation rejette le pourvoi en se retranchant derrière l'appréciation souveraine des juges du fond, mais elle rappelle les exigences tenant à l'élément matériel de pénétration.

Les agressions sexuelles sont définies par le Code pénal comme des atteintes sexuelles commises avec violence, contrainte, menace ou surprise (article 222-22). Si toutes les agressions sexuelles ont en commun l'absence de consentement de la victime qui est matérialisé par l'emploi d'un des moyens limitativement énumérés par la définition légale, le viol s'en détache, étant caractérisé par une « pénétration sexuelle ». La Cour de cassation a largement défini cet élément comme étant une pénétration dans le sexe ou par le sexe. Si la loi du 3 août 2018 a élargi le champ d'application du viol, pouvant s'appliquer aussi bien à la personne de la victime qu'à celle de l'auteur, l'exigence de pénétration sexuelle est restée stable.

Dans l'arrêt du 14 octobre 2020, la Chambre criminelle constate que la victime n'a fait l'objet d'aucun examen gynécologique, qu'elle a affirmé au cours de l'enquête qu'elle était vierge et a déclaré aux enquêteurs que son agresseur « avait peur d'aller trop loin avec ses

doigts » et qu'il ne l'a pas pénétrée, sauf pour l'unique pénétration dénoncée, « j'ai senti qu'il m'a pénétrée avec sa langue à force d'insister ». La Cour vérifie que « cette déclaration [qui] n'a été assortie d'aucune précision en termes d'intensité, de profondeur, de durée ou encore de mouvement, ne caractérise pas suffisamment une introduction volontaire au delà de l'orée du vagin, suffisamment profonde pour caractériser un acte de pénétration ». La requalification des faits en agression sexuelle est confirmée en se fondant sur l'absence d'éléments matériel et moral du viol. La Chambre criminelle assure une interprétation stricte de l'élément matériel du viol qui consiste en une « pénétration sexuelle », en mettant l'accent sur la valeur de l'adjectif et ne considérant plus exclusivement le substantif auquel il s'attache.

Même si la décision n'a pas les honneurs d'une publication au Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle, elle a été largement médiatisée et soumise au tribunal de l'opinion publique. Elle est intéressante à plusieurs égards.

En premier lieu, elle confirme l'interprétation objective de la définition du viol qui est privilégiée par le Cour de cassation depuis plus d'une décennie. L'élément matériel l'emporte sur l'élément moral et la seule volonté de pénétration sexuelle ne permet pas de qualifier le viol en l'absence de la consommation de la pénétration.

Ensuite, l'article 222-23 exige une pénétration sexuelle, définie par la jurisprudence comme une pénétration dans le sexe ou par le sexe. Ainsi, la pénétration avec des objets dans le sexe ou la pénétration buccale ou anale avec l'organe sexuel peuvent recevoir la qualification de viol. Mais lorsqu'il y a doute ou absence de pénétration par le sexe ou dans le sexe, comme en l'espèce (la langue n'avait pas pénétré le vagin de la victime), l'élément matériel du viol fait défaut car il n'y a ni pénétration dans le sexe (dans le vagin), ni par un organe sexuel (la langue). Il peut être regretté que

l'attendu de la Cour de cassation soit trop explicite et s'attarde sur les caractères de la pénétration exigés par les juges d'instruction, « en termes d'intensité, de profondeur, de durée ou encore de mouvement », laissant l'impression d'ajouter cette condition au texte d'incrimination. Il aurait mieux valu que la Cour de cassation ne descende pas dans le détail d'appréciation des faits et s'en tienne à l'interprétation générale de l'article 222-23 rappelant l'exigence de la « pénétration sexuelle ». Mais cela permet de comprendre la raison de cette analyse juridique.

Enfin, la requalification des faits en agression sexuelle assure un traitement juridique efficace à cette affaire. La charge de la preuve pèse sur l'accusation et le ministère public, au premier titre, ainsi que la partie civile, ensuite, auraient dû apporter la preuve de la pénétration. Les éléments factuels semblaient démontrer l'impossibilité de cette preuve, la victime étant vierge alors qu'il fallait prouver une pénétration vaginale. Plutôt que de prendre le risque d'un procès retentissant débouchant sur un acquittement, les juges préfèrent retenir une qualification moindre d'agression sexuelle, mais avec des preuves solides permettant d'obtenir une déclaration de culpabilité. Médiatiquement moins bruyant, mais juridiquement plus efficace !

PRESCRIPTION

Crim. 13 octobre 2020, n° 19-87787, publ. Bull.

Une personne est poursuivie pour avoir commis en récidive plusieurs infractions relatives au travail dissimulé commises en 2012. Alors que le dernier acte d'enquête date du 14 novembre 2014, il est jugé par défaut et condamné par le tribunal correctionnel le 19 décembre 2015. Il forme opposition de cette décision et, à la suite

de son admission, le tribunal correctionnel se prononce de nouveau sur sa culpabilité. La personne forme un pourvoi en cassation et sa critique se concentre sur la prescription de l'action publique, plus particulièrement sur l'articulation des différentes règles relatives à la prescription dans le temps.

La loi du 27 février 2017 relative à la prescription en matière pénale a profondément réformé les règles applicables en la matière qui souffraient d'un manque évident de cohérence et de légitimité. En matière correctionnelle, la loi a unifié les délais de prescription de l'action publique et de la peine en les portant à six ans, avec une limite à ne pas excéder fixée à douze ans. Elle a aussi consacré le report du point de départ de la prescription au moment de la découverte des faits dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique pour les infractions occultes ou dissimulées. Afin de réguler l'application de ces nouvelles règles, la loi du 27 février 2017 a prévu dans son article 4 que « la présente loi ne peut avoir pour effet de prescrire des infractions qui, au moment de son entrée en vigueur, avaient valablement donné lieu à la mise en mouvement ou à l'exercice de l'action publique à une date à laquelle, en vertu des dispositions législatives alors applicables et conformément à leur interprétation jurisprudentielle, la prescription n'était pas acquise ». Les travaux parlementaires, ainsi que la rédaction retenue, manifestent la volonté du législateur de ne pas permettre à la nouvelle loi d'offrir un régime juridique plus favorable aux prescriptions d'infractions faisant l'objet d'une procédure en cours. Antérieurement, la loi prévoyait un ensemble de règles dérogatoires allongeant les délais de prescription. Dans le même sens répressif, la jurisprudence utilisait la théorie des infractions clandestines afin de reporter le point de départ à la découverte d'infractions, pourtant instantanées. La loi du 27 février

2017 a expressément formulé une règle transitoire spéciale dans son article 4 afin de maintenir l'action publique dans les cas dans lesquels elle avait été engagée.

En même temps, l'article 112-2 4° formule une règle générale d'application immédiate des lois de prescription dans le temps. L'article a été modifié par la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Si avant, seules les lois plus favorables à la personne poursuivie étaient applicables immédiatement, les lois plus sévères étant soumises à la règle de non-rétroactivité, la loi de 2004 unifie le régime des lois de prescription de l'action publique et de la peine, sans tenir compte de leur caractère plus ou moins doux pour la personne poursuivie. Ainsi, les lois de prescription rejoignent pleinement le régime juridique des lois de forme, étant soumises, par principe, à l'application immédiate. Cependant, la loi maintient, bien évidemment, une limite, qui est celle des prescriptions acquises. En effet, la nouvelle loi de prescription ne peut ressusciter une situation juridique éteinte. Si la prescription est acquise, la nouvelle loi ne peut plus produire d'effet.

La règle transitoire spéciale de la loi de 2017 et le régime général de l'article 112-2 4° doivent être mis en cohérence et il est important de déterminer la règle devant prévaloir. En l'espèce, l'application de la règle transitoire énoncée par la loi de 2017 conduisait le pourvoi à considérer que l'action publique était prescrite, dans la mesure où l'opposition au jugement correctionnel de 2015 avait été acceptée et que la juridiction s'était prononcée une nouvelle fois. Ainsi, la règle applicable à l'époque conduisait à appliquer une durée de prescription de trois ans, de sorte que les faits se trouvaient prescrits lors de la nouvelle décision. La prescription acquise ne permettait plus d'engager les poursuites.

La Cour de cassation rejette la critique formulée par le pourvoi et en profite pour rappeler certains principes généraux du droit pénal.

En cas de conflit entre une règle spéciale et une règle générale, le juge devrait faire prévaloir la règle spéciale sur la règle générale, en vertu de la maxime *specialia generalibus derogant*. Néanmoins, cette maxime ne vaut que si les règles ont le même champ d'application et répondent aux mêmes impératifs de qualification. Or, la Cour de cassation ne considère pas que le régime transitoire édicté par la loi de 2017 se substitue aux règles d'application des lois de prescription dans le temps formulées à l'article 112-2 4°. La règle spéciale de la loi de 2017 énonce une exception au régime général du Code pénal.

« Il résulte des travaux parlementaires que l'article 4 de la loi du 27 février 2017 a eu pour seule finalité, selon l'intention du législateur, de prévenir la prescription de certaines infractions occultes ou dissimulées par l'effet de la loi nouvelle, laquelle prévoit notamment que le délai de prescription de ces infractions, quand il s'agit de délits, ne peut excéder douze années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise, alors que selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation, ces infractions ne se prescrivait qu'à partir du moment où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique. »

La Cour de cassation applique la méthode d'interprétation téléologique qui lui permet de rechercher l'intention du législateur, la *ratio legis*, afin d'éclaircir le domaine ou les conditions d'application des règles édictées par la loi. Il ne lui reste plus qu'à compléter l'édifice juridique, ce qu'elle fait par la mobilisation d'un autre principe général du droit – *odiosa sunt restringenda* – conduisant à une application restrictive des exceptions. « Dès lors, ce texte doit être interprété restrictivement et ne saurait avoir pour effet de déroger de façon générale aux dispositions de l'article 112-2, 4°, du code pénal, selon lesquelles les lois relatives à la

prescription de l'action publique sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur, lorsque les prescriptions ne sont pas acquises ». La Cour de cassation rejette le pourvoi, car la nouvelle loi de 2017 s'applique immédiatement, dès lors que ses conditions ne sont pas remplies, donc lorsque la prescription n'est pas acquise. Le délai de prescription de six ans doit s'appliquer à l'espèce en l'absence d'acquisition de la prescription au moment du jugement.

Si la solution de la Cour de cassation peut paraître classique, la rigueur du raisonnement et l'enchaînement impeccable des principes généraux du droit dans une matière qui a longtemps été instable et polémique, comme celle de la prescription, donnent une valeur particulière à cet arrêt.

**CENTRE DE RECHERCHE DE L'ECOLE DES OFFICIERS
DE LA GENDARMERIE NATIONALE**

<i>Directeur de publication :</i>	Colonel Dominique SCHOENHER
<i>Rédacteur en chef :</i>	G^{al} d'armée (2S) Marc WATIN-AUGOUARD
<i>Rédacteur :</i>	Claudia GHICA-LEMARCHAND
<i>Équipe éditoriale :</i>	Odile NETZER Evelyne GABET