

LE BULLETIN DU C3RD

Centre de Recherche sur les Relations entre le Risque et le Droit
Bulletin d'information trimestrielle
- Juin 2017 -

EDITORIAL

Futur de l'Europe : affronter les crises récurrentes

Par Aurélien Raccah

Maître de conférences en droit de l'Union Européenne, Directeur de l'IELS
Responsable de la licence européenne de Droit.

« J'ai toujours pensé que l'Europe se ferait dans les crises, et qu'elle serait la somme des solutions qu'on apporterait à ces crises ». Cette conviction de Jean Monnet n'a guère été affectée par le temps. Echec du traité établissant une constitution pour l'Europe, crise financière, flux migratoires, réforme de la gouvernance Schengen, abandon du TAFTA, surprise du Brexit, fiasco du CETA, montée des extrémismes... L'Union européenne affronte une série discontinue de crises politiques aux conséquences juridiques disparates.

1. Plus d'Europe face aux crises politiques

Paradoxalement, ces crises n'affectent pas directement l'ordre juridique européen. La plupart des mesures adoptées depuis 2009 par les institutions européennes tendent même à renforcer le dispositif légal. Le traité de Lisbonne a transféré à l'UE presque l'intégralité des compétences prévues par le traité précédemment rejeté, faisant fi des référendums français et néerlandais de 2005.

Depuis 2010, la stratégie « Europe 2020 » a développé un scénario de sortie de crise financière en renforçant la gouvernance économique de l'UE (cf. paquet législatif « six-pack ») : les « semestres européens » permettent désormais à la Commission européenne de contrôler l'élaboration des budgets nationaux, le mécanisme de stabilité financière dispose d'une autorité pour aider les Etats confrontés à des crises systémiques et une union bancaire surveille et gère les faillites des grands établissements bancaires. Des universitaires et hommes politiques proposent même de créer une assemblée parlementaire de la zone euro.

Suite à la crise migratoire issue des printemps arabes et au conflit syrien, l'espace Schengen, fortement critiqué pour le manque de coordination entre les Etats membres, a été réformé. Depuis 2013, un nouveau mécanisme évalue et contrôle le respect des règles de Schengen et élargit les possibilités de réinstaurer des frontières en cas de « menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure ». De surcroît, l'agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes qui a remplacé Frontex l'an passé voit son budget annuel passer de 143 à 322 millions d'euros et ses effectifs de 400 à plus de 1.000 entre 2015 et 2020.

Les crises politiques consolident le droit de l'UE. Pour la seule année 2016, plus de 1.500 décisions, 1.300 règlements et 50 directives ont été adoptés par les institutions européennes. Cette marche forcée vers plus d'Europe s'effectue sûrement au détriment de la compréhension des peuples. Ainsi qu'a pu le décrire le journaliste Jean Quatremer, « gouvernée par des technocrates apatrides qui ne rendent compte à personne, l'Union est la négation même de la démocratie ».

Cette dichotomie perpétuelle entre un Etat de droit européen en développement et des politiques naviguant de Charybde en Scylla requiert d'évaluer les risques juridiques liés à la construction européenne. Les conférences organisées durant l'année 2016/2017 par le C3RD et l'IELS se sont concentrées sur ces thématiques liées au « Future of Europe ».

Le 17 novembre 2016, dans le cadre d'un partenariat stratégique, les chercheurs en sciences sociales de l'Université catholique de Lille (UCL) ont accueilli leurs collègues de Liverpool Hope University (LHU) le temps d'un workshop portant sur les « challenges of the Future of Europe », suivi d'une conférence publique intitulée « The political, economic and legal consequences of Brexit ». Cet événement, inscrit dans la semaine consacrée au « Future of Europe » organisée par le C3RD et l'IELS, s'est poursuivi à Liverpool les 12 et 13 décembre 2016, sous l'égide du Professeur Michael Holmes (LHU), puis à nouveau le 3 mars 2017, sous l'angle du populisme européen. La sortie du Royaume-Uni de l'UE ouvre une boîte de Pandore qui remet en question l'uniformité du droit de l'UE.

2. La déconstruction du droit de l'Union au Royaume-Uni

Depuis le fameux « rabais britannique » obtenu par Margaret Thatcher en 1984, le Royaume-Uni a bénéficié d'une série de clauses d'exception dites « opt out » : espace Schengen, union économique et monétaire, Charte des droits fondamentaux, espace de liberté, sécurité et justice... En 2011, Westminster avait adopté un European Union Act 2011 renforçant ses propres pouvoirs en cas de modifications des traités européens et exigeant un référendum national en cas d'atteinte à la souveraineté nationale. En 2012, Westhall n'avait pas signé le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (TSCG) par lequel les Etats membres s'engageaient à respecter la règle d'or budgétaire, à savoir ne pas dépasser un déficit public supérieur à 3% du PIB. En 2016, quatre mois avant le référendum, sur demande du Premier ministre David Cameron, le Conseil européen accordait au Royaume-Uni un nouvel « arrangement » de vingt-huit pages applicable en cas de victoire du « Remain ». Alea jacta est. Si le Royaume-Uni était resté dans l'UE, il bénéficierait d'une nouvelle série d'exceptions. La situation ne serait pas plus aisée. Si Theresa May a opéré le choix d'un « hard Brexit », consistant à sortir intégralement du marché intérieur, les premières discussions officielles semblent néanmoins conserver les droits à la libre circulation acquis par les ressortissants britanniques et européens. Premier sujet, première concession.

De nos recherches se dégage la complexité juridique du Brexit. L'article 50 UE n'a dépeint qu'un cadre succinct permettant à un Etat membre, « conformément à ses règles constitutionnelles » de se retirer de l'UE. Au Royaume-Uni, le référendum organisé le 23 juin 2016 n'a eu, en définitive, qu'une portée consultative. Saisie par des Lords, la High Court a affirmé le 8 novembre 2016 que la souveraineté parlementaire exige un vote de Westminster pour modifier l'acte d'adhésion de 1972 (European Communities Acts 1972). L'appel devant la Supreme Court, dont le jugement a été rendu le 24 janvier 2017, a donné lieu à d'importants débats dans lesquels se sont opposés des règles constitutionnelles peu écrites et un peuple qui a voté en faveur du « Leave » à 51,9%. En définitive, pour ouvrir la procédure de l'article 50 UE, un Act du Parlement est requis.

Le sablier a été tourné le 17 mars 2017 avec la publication du European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017, accompagné d'un livre blanc présentant les contours d'un Great Repeal Bill qui transposerait l'intégralité du droit de l'Union en droit britannique.

Le 3 mai, le Conseil de l'Union a émis des recommandations en vue des négociations avec le Royaume-Uni et le 22 mai, l'Union a mis en place un groupe de travail ad hoc sur l'article 50 du TUE. Menées par Michel Barnier et David Davis, les négociations doivent durer en principe 2 ans, mais l'article 50 UE donne la possibilité d'allonger cette période. Côté britannique, le nouveau Department for exiting the European Union élabore le fameux Great Repeal Bill et tente d'anticiper toutes les situations. Trois missions lui sont assignées : abroger l'European Community Act 1972, convertir le droit de l'UE en droit britannique dans les domaines possibles et créer une compétence permettant d'adopter un droit dérivé britannique sur la base du droit de l'UE. Ces expérimentations juridiques donneront de la matière aux chercheurs.

3. Vers une refonte de l'UE ?

Le 1er mars 2017, la Commission européenne a publié un livre blanc détaillant cinq propositions pour « l'avenir de l'Europe » : la première – la plus réaliste – serait de poursuivre la construction européenne en renforçant les priorités de l'Union : marché intérieur, Schengen, zone euro, supervision financière, environnement, accords commerciaux, investissements pour l'emploi, le numérique, les transports, l'énergie... mais elle présente le risque d'une montée des partis populistes ; la seconde consisterait à se focaliser sur le marché intérieur et ainsi se limiter à une union commerciale ; la troisième – plus ambitieuse – regrouperait une ou plusieurs « coalitions de pays volontaires », de préférence autour des Etats membres de la zone euro, élargissant l'UE actuelle à la défense, la sécurité intérieure, la fiscalité ou encore

les affaires sociales ; la quatrième proposition – pertinente – invite à réduire les politiques de l'UE pour concentrer les ressources limitées de l'UE sur un nombre réduit de domaines pour être plus rapide et efficace ; la cinquième rêve d'une Europe beaucoup plus unie dans tous les domaines, vers une union fédérale innommée. Ces pistes ont vocation à guider les travaux à venir pour donner une nouvelle impulsion politique.

Sur le plan juridique, les institutions sont dotées de compétences extrêmement larges. Pour autant, sans volonté des représentants politiques nationaux, aucune décision d'envergure ne peut fleurir. Reste à savoir si l'Europe se mettra en marche ou pas.

Nous ont rejoints cette année



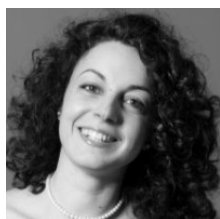
Sarah DURELLE-MARC

Maitre de Conférence de l'Université Catholique de Lille

Droit européen, Droit constitutionnel.

Responsable de la Licence Sciences-Politique.

Sarah Durelle-Marc Sarah Durelle-Marc is Associate Professor (Maître de conférences) of Public Law (EU Law) at the Université catholique de Lille and Research Affiliate in European integration at the IODE - Institut de l'Ouest: Droit et Europe, Law Faculty, Université de Rennes 1, Member of the GIS-Centre d'excellence Jean Monnet de Rennes. She holds a Ph.D. summa cum laude in European public law on The international legal personality and the identity of the European Union (Supervision: Prof. C. Flaesch-Mougin). She's been studying in France and the Netherlands and had the opportunity to do an internship at the European Commission (external relations) in Brussels. She has covered almost every fields of EU Law in teaching in Brno (Mazaryk University, Czech Republic), Rennes 1, Paris 1 and 13, Besançon, Valenciennes and Lille (IEP, ESPOL, FLD). Her research interests cover the fields of Constitutional law (comparative and European), European integration, European construction (exit issues) and EU definition and policies and child rights and protection.



Valentina VOLPE

Maitre de Conférence de l'Université Catholique de Lille

Droit européen, Droit de l'Homme

Valentina Volpe is Associate Professor (Maître de conférences) of Public International Law and EU Law at the Lille Catholic University and Senior Research Affiliate at the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law in Heidelberg. She holds a Ph.D. summa cum laude in Law and Legal Theory from the Italian Institute of Human Sciences (SUM) of Naples (today Scuola Normale Superiore of Pisa) and is a former Visiting Researcher at Yale Law School. During her career, she has had the opportunity to study in Italy, France and in the US and to work as project manager in the NGO sector. She is currently an Associate Lecturer at LUISS Guido Carli University, Rome and at the UN-mandate University for Peace (UPEACE) in San José, Costa Rica. She has been a Visiting Professor at the CUPL of Beijing and at the University of Mannheim, Germany. Her research interests cover the fields of global, European and international public law, encompassing disciplines such as global governance, democracy promotion, human rights, comparative public law, and European law.

VEILLE JURIDIQUE

Ont participé à ce numéro : Virginie LE BLAN, Blandine MALLEVAEY, Delphine POLLET-PANOUSSIS, Alexandre DUMERY, Franck LUDWICZAK, Sarah DURELLE-MARC, Anthony ABI HANNA (étudiant en Licence 3^{ème} année de Licence européenne de Droit)

I) Les risques du droit

A) Insécurité juridique

Prise en charge des frais d'expertise du CHSCT/Conséquences du report de l'abrogation partielle de l'article L. 4614-13 du code du travail par le Conseil constitutionnel : Conventionalité de la jurisprudence de la Cour de cassation : Cass. soc. 31 mai 2017, n° 16-949, P+B+R+I.

La Chambre sociale de la Cour de cassation confirme et justifie à l'aune de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales le maintien temporaire de sa jurisprudence mettant à la charge de l'employeur le coût de l'expertise décidée par le CHSCT, quand bien le juge aurait annulé la délibération de ce dernier, pour les contestations antérieures à la loi du 8 août 2016 qui vient de réformer la législation en la matière.

On se souvient que le Conseil constitutionnel a partiellement abrogé l'article L. 4614-13 du code du travail en ce qu'il portait atteinte au droit de propriété et au droit de l'employeur d'exercer un recours effectif, mais avec report au plus tard au 1^{er} janvier 2017 des effets de sa décision afin de permettre au législateur d'intervenir (Décision n° 2015-500 QPC du 27 novembre 2015). La Chambre sociale de la Cour de cassation a alors considéré que sa jurisprudence tendant à mettre à la charge de l'employeur le coût de l'expertise devait être maintenue jusqu'à l'intervention du législateur et au plus tard au 1^{er} janvier 2017 (Cass. soc. 15 mars 2016, n° 14-16242, P+B+R+I)

Mais c'est une autre position qu'avait adoptée quelques jours auparavant la Cour d'appel de Versailles pour refuser de faire assumer à un employeur le coût d'une expertise décidée par le CHSCT dont la délibération avait été annulée en 2013. S'appuyant sur le droit à un procès équitable et d'exercer un recours juridictionnel effectif garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme, la Cour d'appel avait en effet estimé que le respect de ces garanties faisait obstacle à toute condamnation de l'employeur sans qu'il n'y ait lieu d'attendre l'intervention du législateur.

Sa décision est censurée par la Chambre sociale qui procède à une mise en balance des intérêts de l'employeur et de ceux des salariés : sans contester que le maintien de sa jurisprudence porte atteinte au droit de propriété et au droit au recours effectif de l'employeur, la Cour de cassation considère qu'étant limitée dans le temps et compte tenu des missions confiées au CHSCT, cette atteinte est nécessaire et proportionnée au but poursuivi par les articles 2 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme qui protègent la santé et la vie des salariés en raison des risques liés à leur domaine d'activité professionnelle ou à leurs conditions matérielles de travail.

Rappelons toutefois que la preuve d'un abus du CHSCT libère l'employeur de son obligation de prendre en charge non seulement le coût de l'expertise mais également les frais d'avocat du CHSCT (Cass. soc. 22 février 2017, n° 15-22392, publié au Bulletin). En l'absence d'abus, ces frais pourront éventuellement être revus à la baisse en cas de contestation, la Cour de cassation ayant récemment retenu que l'évaluation du montant des frais et honoraires d'avocat relevait du pouvoir souverain d'appréciation du juge en considération des diligences accomplies (Cass. soc. 22 février 2017, n° 15-10548, publié au Bulletin). **V.L.B.**

Inaptitude médicale /Obligation de reclassement - Modalités de consultation des délégués du personnel : Cass. soc. 23 mai 2017, n° 15-24713, publié au Bulletin.

Récemment étendue aux cas d'inaptitude non professionnelle par la loi « Travail » du 8 août 2016, l'obligation de recueillir l'avis des délégués du personnelsur le reclassement du salarié inapte avant toute proposition de reclassement constitue une formalité substantielle à défaut de laquelle le licenciement est sans cause réelle et sérieuse. La Cour de cassation apporte dans cet arrêt une précision pratique importante en admettant que les employeurs puissent procéder à la convocation des délégués par voie électronique. **V.L.B.**

Interdiction d'emploi d'un étranger non muni d'une autorisation de travail versus protection de la femme enceinte : Cass. soc. 15 mars 2017, n° 15-27928, P+B+R+I.

Que faire lorsqu'une salariée de nationalité étrangère enceinte ne dispose plus d'un titre l'autorisant à travailler ? Confrontée à l'incompatibilité entre les dispositions légales interdisant l'emploi d'un étranger non muni d'une autorisation de travail qui imposent la rupture du contrat du travail, et les dispositions légales relatives à la protection de la femme enceinte qui viennent interdire ou limiter la faculté de licencier, la Cour de cassation tranche nettement en faveur des premières : elle énonce en effet que les dispositions d'ordre public de l'article L. 8251-1 du code du travail interdisant à l'employeur d'employer ou de conserver à son service un étranger non muni d'un titre l'autorisant à travailler, la salariée enceinte dans une telle situation « ne saurait bénéficier des dispositions légales protectrices de la femme enceinte ». **V.L.B.**

Etat d'urgence : Compétence du juge pénal pour apprécier la légalité des perquisitions administratives.

Dans deux arrêts remarquables du 13 décembre 2016, la cour de cassation s'est prononcée en faveur de la compétence du juge pénal pour apprécier les perquisitions décidées dans le cadre de la loi du 3 avril 1955 par l'autorité administrative. Le conflit de compétence entre les ordres de juridictions administratif et judiciaire n'est en effet qu'apparent du point de vue du droit pénal. En effet, comme le soulève la Chambre criminelle, la compétence du juge pénal trouve une assise suffisante en l'article 111-5 C.pén. selon lequel « Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis ». Par ailleurs, la cour de cassation réaffirme la place du juge judiciaire en tant que gardien des libertés individuelles en se fondant sur l'art. préliminaire du Code de procédure pénale, selon lequel, notamment, toute mesure de contrainte dont la personne suspectée ou poursuivie peut faire l'objet est prise sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire.

Source : Cass. Crim. 13 décembre 2016, n° 16-84.794 et n° 16-82.176.

F.L.

Projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme

Le texte porté par le Ministre de l'intérieur vise à doter l'Etat de nouveaux instruments permanents de lutte contre le terrorisme en dehors du régime de l'état d'urgence. Le texte vise à lutter plus efficacement contre le risque d'attentats terroristes et prévoit notamment la création de périmètres de protections pouvant être décidés par l'autorité administrative afin d'assurer la sécurité d'un lieu ou d'un événement soumis à un risque d'actes de terrorisme à raison de sa nature ou de l'ampleur de sa fréquentation. L'instauration de ce périmètre de protection permet la réglementation de l'accès ou de la circulation des personnes, ou encore l'autorisation l'inspection visuelle des bagages et les palpations de sécurité y compris par des agents de sécurité privés, sous contrôle des policiers et gendarmes mais la visite des véhicules avec le consentement du conducteur sans que ces mesures soient soumises à une réquisition judiciaire.

Le projet prévoit, ensuite, afin de prévenir la commission d'actes terroristes, la possibilité pour le préfet de prononcer la fermeture des lieux de culte dans lesquels les propos tenus, les idées ou théories diffusées ou les activités s'y déroulant, provoquent à la commission d'actes de terrorisme en France ou à l'étranger, incitent à la violence, ou font l'apologie de tels actes.

Egalement, le texte prévoit la possibilité de mesures individuelles de surveillance à l'encontre de toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace d'une « particulière gravité » pour la sécurité et l'ordre publics et qui entre en relation habituelle avec des personnes ou organisations aux visées terroristes ou soutenant ou adhérant à des thèses incitant au terrorisme. Des visites et des saisies dans les lieux fréquentés par les personnes visées par les mesures de surveillances individuelles pourraient également être effectuées à condition d'avoir été autorisées par l'autorité judiciaire.

L'ensemble de ces mesures, validés par le Conseil d'Etat démontre une volonté du gouvernement de sortir de l'état d'urgence sans éloigner clairement la tentation d'une transposition de certains dispositifs de celui-ci dans le droit commun.

Source : Projet de loi relatif à l'état d'urgence et le projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, Sénat, n° 587, 22 juin 2017.

F.L.

La réforme des délais de prescription en matière pénale :

La loi portant réforme de la prescription en matière pénale a été promulguée le 27 février 2017.

Cette loi a d'abord pour effet de doubler les délais de prescription de l'action publique en matière criminelle et en matière correctionnelle : le délai de droit commun passe de dix à vingt ans pour les crimes et de trois à six ans pour les délits.

Concernant ensuite le point de départ du délai de prescription, la loi consacre la construction prétorienne de délits occultes ou dissimulés. Jusqu'alors, le Code de procédure pénale ne retardait le point de départ du délai de prescription au jour où le délit apparaissait à la victime dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique que pour les délits d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse ainsi que pour les appropriations frauduleuses, lorsque ces délits étaient commis à l'égard d'une personne vulnérable en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou de son état de grossesse. Ces dispositions sont supprimées, au profit du principe général selon lequel le délai de prescription de l'action publique de l'infraction occulte ou dissimulée court à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique. Le nouvel article 9-1 du Code de procédure pénale prévoit tout de même une limite : même pour l'infraction occulte ou dissimulée, le délai de prescription de l'action publique ne peut excéder trente ans en matière criminelle et douze ans en matière délictuelle. Le texte

précise qu'est occulte l'infraction qui, en raison de ses éléments constitutifs, ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire ; est dissimulée l'infraction dont l'auteur accomplit délibérément toute manœuvre caractérisée tendant à en empêcher la découverte. Ces définitions devraient très certainement continuer de nourrir allégrement le contentieux, déjà bien fourni, de la délimitation du domaine des infractions clandestines devant les juridictions pénales.

S'agissant enfin des peines, la loi du 27 février n'a touché qu'au délai de prescription des peines correctionnelles, qui passe de cinq à six ans.

Outre ces modifications sur le fond, la réforme de la prescription a le mérite d'opérer une clarification bienvenue en regroupant les dispositions relatives aux délais de prescription de l'action publique au sein des articles 7 et suivants du Code de procédure pénale, et celles relatives à la prescription des peines au sein des articles 133-2 et suivants du Code pénal, alors que les dispositions dérogatoires étaient auparavant éclatées dans le Code pénal. **B.M.**

B) Autres risques

Com. 22 février 2017, n° 15-17.166 : la taxe d'apprentissage est éligible au privilège de procédure de l'article L. 622-17 du Code de commerce. L'une des principales innovations de la réforme du 26 juillet 2005 a été la mise en place d'un privilège de procédure pour les créances nées postérieurement au jugement d'ouverture. Afin de bénéficier de ce privilège, il convient cependant que la créance soit, notamment, « née pour les besoins de la procédure ». La Cour de cassation a résolument décidé d'adopter une interprétation large de cette notion. Précisément, elle a estimé que les créances nées d'obligations légales étaient nées pour les besoins du déroulement de la procédure. Sa solution rendue en matière de taxe d'apprentissage confirme donc cette position, la taxe d'apprentissage étant précisément, pour la Cour de cassation, inhérente à la poursuite de l'activité de l'entreprise suite au jugement d'ouverture. **A.D.**

Com. 8 mars 2017, n° 15-18.495 : le débiteur n'est pas autorisé à former appel d'une décision relative aux nullités de la période suspecte. Les nullités de la période suspecte permettent à la procédure collective de remettre en cause un certain nombre d'actes passés avant l'ouverture de la procédure. Cette action étant inhérente à la procédure, il est cohérent que la Cour de cassation ait décidé que l'action en nullité était fermée au débiteur. La Cour réitère sa position en l'espèce, dans l'hypothèse d'un appel, où le débiteur tentait de « profiter » de sa position de partie au procès en première instance afin d'en déduire son appel possible. Avec raison au regard de la logique des procédures collectives, sa prétention est rejetée. Cette solution permet de laisser aux seuls organes de la procédure le contrôle des actions en nullité de la période suspecte. **A.D.**

La définition des perturbateurs endocriniens

Les Etats-membres ont voté le 4 juillet 2017 le texte sur la définition des perturbateurs endocriniens sur proposition de la Commission européenne. Les perturbateurs endocriniens sont des substances chimiques suspectées d'interférer avec les systèmes hormonaux et potentiellement la cause de maladies.

La définition retenue par la Commission et les Etats-membres est restrictive : elle autorise des dérogations nombreuses, potentiellement contradictoires avec l'objectif de gestion du risque recherché. Cette définition ne retient pas les perturbateurs potentiels et se limite aux éléments existants déjà constatés, entrant du même coup en contradiction avec le principe de précaution. La réalité du risque est préférée à sa potentialité. **S.D.-M.**

II) La gestion du risque par le droit

A) L'anticipation du risque

Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneurs d'ordre (arts. L. 225-102-4 et L. 225-102-5. C. com)

Après un parcours parlementaire difficile, a été adoptée l'une des propositions de loi qui avaient vu le jour au lendemain de la tragédie du Rana Plaza au Bangladesh en avril 2013. Pour les auteurs de la proposition de loi en effet, « il est temps que la France se saisisse de l'opportunité d'instaurer dans sa législation une obligation de vigilance, afin de s'attaquer aux violations des droits humains et à la corruption intervenant sur les chaînes de production de ses entreprises. Il en va aussi bien de l'intérêt des victimes que de celui des entreprises, afin de clarifier les règles applicables et de réduire l'insécurité juridique actuelle. C'est pourquoi, il est important de transposer en droit français le devoir de vigilance » (cf. Exposé des motifs)

La loi a ainsi pour objet d'imposer aux sociétés françaises employant au moins 5000 salariés en France ou 10000 salariés dans le monde l'élaboration et la mise en œuvre d'un plan de vigilance relatif à l'activité de la société mère, de ses filiales ou sociétés qu'elle contrôle, ainsi que des sous-traitants et fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie.

Ce plan de vigilance est destiné à mettre en place des mesures raisonnables propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement résultant des activités de la société ou des sociétés qu'elle contrôle.

A défaut d'élaboration ou de mise en œuvre du plan, la société est susceptible de voir sa responsabilité engagée dans les conditions du droit commun (article 1240 et 1241 du code civil) pour les dommages que l'exécution de ses obligations auraient permis d'éviter. **V.L.B.**

Vapotage : Décret n° 2017-633 du 25 avril 2017, JO 27 avril 2017, texte n° 33 (arts. R. 3513-2 à R. 3513-4 CSP et R. 3515-7 et s. CSP ; *entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2017*).

Sont précisées les conditions d'application de l'interdiction de vapoter dans les lieux de travail fermés et couverts à usage collectif (art. L. 3513-6 CSP).

Celle-ci s'imposera dans les locaux fermés et couverts, recevant des postes de travail, et affectés à un usage collectif. N'y sont donc pas en principe soumis les bureaux individuels, ni les locaux accueillant du public expressément exclus par le décret.

L'employeur devra par ailleurs y mettre en place une signalisation apparente sous peine de l'amende prévue pour les contraventions de 3^{ème} classe (450 €). La violation de l'interdiction de vapoter est quant à elle sanctionnée d'une contravention de 2^{ème} classe (150€). **V.L.B.**

Inaptitude médicale / Obligation de reclassement : Cass. soc. 11 mai 2017, n° 16-12191, publié au Bulletin.

Il ne peut être reproché à un employeur un manquement à son obligation de reclassement pour ne pas avoir proposé au salarié inapte la réalisation des tâches confiées à des stagiaires : ces tâches, même adaptées à la situation médicale du salarié, ne constituent pas un poste disponible pour le reclassement. **V.L.B.**

Exposition au risque d'inhalation de poussières d'amiante/Délit de mise en danger de la vie d'autrui : Cass. crim. 19 avril 2017, n° 16-80695, publié au Bulletin.

Est reconnu coupable de mise en danger de la vie d'autrui, l'employeur qui, occupant ses salariés à des travaux sur un terrain dont il savait qu'il comprenait des roches amiantifères, n'a pas mis en œuvre différentes mesures de protection contre l'inhalation de poussières d'amiante imposées par la réglementation.

Cette décision éclaire plus particulièrement la portée de l'exigence d'une exposition à un risque immédiat de mort ou de blessures nécessaire à la constitution de l'infraction de mise en danger de la vie d'autrui (art. 223-1 C. pén.). Pour le prévenu, la condition d'immédiateté requise par le texte pénal ne pouvait être remplie dès lors que la réalisation du risque de mort par cancer, aussi probable soit-elle, ne pouvait se produire que 30 ou 40 ans après l'inhalation des poussières d'amiante. Il ramenait ainsi l'exigence d'un risque immédiat de mort à la nécessité d'une exposition à un risque de mort immédiate.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation rejette cette interprétation restrictive de l'article 223-1 du code pénal et rattache la condition d'immédiateté au lien de causalité entre la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité et le risque de mort ou de blessures. Il faut qu'il existe entre eux une relation directe et immédiate. **V.L.B.**

Obligation de motivation judiciaire, sécurité juridique et respect des principes directeur du droit de la peine

Par plusieurs décisions en date du 1^{er} février 2017, la Cour de cassation est venue affirmer un principe disposant d'une portée générale selon lequel, en vertu de l'article 132-1 C.pén, en matière correctionnelle, toute peine doit être motivée en tenant compte de la gravité des faits, de la personnalité de leur auteur et de sa situation personnelle. La position de la Cour de cassation, qui trouve son origine dans l'entrée en vigueur de la loi du 15 août 2014 sur l'individualisation se fonde sur l'art. 8 de la DDHC relatif au principe de nécessité et de proportionnalité de la peine, tranche avec la solution classique (Crim. 22 oct. 2008) selon laquelle lorsqu'ils fixent une peine dans les limites posées par la loi, les juges exercent une faculté dont ils ne doivent aucun compte. La solution nouvelle, régulièrement rappelée par la chambre criminelle (Crim. 15 mars 2017, n° 16-83.838), restreint la liberté d'appréciation judiciaire en matière de prononcé de la peine et concerne, en matière correctionnelle, tant les peines d'emprisonnement que celles d'amende. **F.L.**

B) Les conséquences du risque réalisé

Harcèlement sexuel : Cass. soc. 17 mai 2017, n° 15-19300, publié au Bulletin.

Les obligations résultant de l'article L. 1153-1 du code du travail, qui interdit le harcèlement sexuel, et de l'article L. 1153-5 du code du travail qui impose à l'employeur de prendre les mesures de prévention nécessaires, étant distinctes, leur méconnaissance peut ouvrir droit à des réparations spécifiques dès lors que le salarié justifie de préjudices distincts. La Chambre sociale transpose ici la solution qu'elle avait précédemment dégagée en matière de harcèlement moral sur le fondement des articles L. 1152-1 et L. 1152-4 du code du travail (Cass. soc. 6 juin 2012, n° 10-27694). **V.L.B**

Conformité du système français de réparation des ATMP à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme : CEDH 12 janvier 2017, req. n° 74734/14, aff. Saumier c/France.

L'absence de réparation intégrale du préjudice subi par les victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ne constitue pas une violation de l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme prohibant les discriminations.

Ayant rappelé que la reconnaissance d'une discrimination suppose une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations analogues ou comparables, la Cour européenne des droits de l'homme estime que les salariés victimes d'ATMP ne se trouvent pas dans une situation analogue ou comparable à celle d'une personne victime d'un dommage corporel ou d'une atteinte à la santé en raison de la faute d'une personne qui n'est pas leur employeur.

Il y a en effet lieu pour la Cour de tenir compte de la spécificité :

- de la relation contractuelle caractérisée par un lien de subordination, cette relation étant régie par un régime juridique propre « qui se distingue nettement du régime général des relations entre individus ».
- du régime de la responsabilité en cas d'ATMP qui ne repose pas, pour une large part, sur la preuve d'une faute et d'un lien de causalité entre la faute et le dommage et l'intervention du juge mais sur la solidarité et l'automaticité
- de l'indemnisation en cas de faute inexcusable de l'employeur qui vient en complément des dédommagements automatiquement perçus par le salarié.

La Cour en déduit qu' « il s'agit de l'application de régimes juridiques distincts à des personnes qui se trouvent dans des situations distinctes ». **V.L.B.**

Victimes de l'amiante/Réparation du préjudice d'anxiété : Cass. soc. 11 janvier 2017, n° 15-20040, publié au Bulletin.

La transaction rédigée en des termes généraux, par laquelle le salarié a déclaré être rempli de tous ses droits et ne plus avoir aucun chef de grief quelconque à l'encontre de la société du fait de l'exécution ou de la rupture du contrat de travail fait obstacle à toute demande ultérieure de réparation de son préjudice d'anxiété peu important que, comme en l'espèce, la transaction ait été conclue plusieurs années avant la reconnaissance jurisprudentielle du préjudice d'anxiété. **V.L.B.**

Obligation de sécurité du salarié : Cass. soc. 8 mars 2017, n° 15-24406, inédit.

Est justifié le licenciement disciplinaire d'une responsable des ressources humaines d'un magasin en raison de son inertie face aux actes de harcèlement moral commis par le directeur du magasin à l'encontre de ses collaborateurs. **V.L.B.**

En l'absence de consensus scientifique, le défaut d'un vaccin et le lien de causalité entre celui-ci et une maladie peuvent être prouvés par un faisceau d'indices graves, précis et concordants : CJUE 21 juin 2017, arrêt dans l'affaire C-621/15, N. W e.a./Sanofi Pasteur MSD e.a., www.curia.eu.

La Cour de justice de l'Union européenne estime qu'il n'y a pas besoin de fournir des preuves scientifiques irréfutables pour établir un lien de causalité entre une vaccination contre l'hépatite et la survenance d'une sclérose en plaques. Désormais, un faisceau d'indices suffit : en l'espèce, proximité temporelle entre l'administration d'un vaccin et la survenance d'une maladie, absence d'antécédents médicaux personnels et familiaux de la personne vaccinée ainsi qu'existence d'un nombre significatif de cas répertoriés de survenance de cette maladie à la suite de telles administrations. L'établissement de la preuve est donc facilité et devrait conduire à une indemnisation des victimes plus aisée. **S.D.-M.**

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 (dite loi Sapin 2), au JO du 10 décembre 2016.

Le chapitre 2 de la loi Sapin 2 substitue à la protection sectorielle des lanceurs d'alerte issue de six lois¹ (protection forcément partielle et non uniforme) une protection globale.

La loi définit largement² le lanceur d'alerte comme étant « *une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance* »³(art.6).

Elle met en place une procédure graduée de signalement ou de traitement de l'alerte applicable en toute hypothèse (art.8) : le lanceur d'alerte doit s'adresser en priorité au responsable désigné à cet effet au sein de l'organisme concerné (supérieur hiérarchique direct ou indirect, employeur ou référent désigné par celui-ci)⁴. En l'absence de « diligences » de la personne destinataire de l'alerte dans un délai raisonnable, le lanceur d'alerte doit s'adresser aux autorités administratives compétentes (inspections, services préfectoraux, autorités administratives indépendantes ou autorité judiciaire)⁵. Si aucune suite n'est donnée à ces démarches dans le délai de 3 mois, le signalement peut être rendu public⁶.

Afin de rendre possible la saisine interne, la loi Sapin 2 impose aux personnes morales de droit public ou de droit privé d'au moins 50 salariés, les administrations d'Etat, les communes de plus de 10 000 habitants et les EPCI à fiscalité propre dont elles sont membres, les départements et les régions la mise en place de procédures appropriées de recueil des signalements autour d'un « référent déontologie ». Un décret en Conseil d'Etat fixera les modalités relatives aux procédures de recueil de signalement (cf. **ACTU n°2**).

S'agissant des canaux de signalement externes, la loi Sapin 2 a été complétée par **la loi organique du 9 décembre 2016 relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte**⁷.

Cette dernière prévoit que le défenseur des droits jouera un rôle d'assistance des lanceurs d'alerte (qui peuvent potentiellement faire l'objet de mesures discriminatoires) en les orientant vers l'organisme approprié de recueil de l'alerte, notamment en cas de doute sur l'autorité administrative à qui s'adresser. En revanche, le dispositif de la loi organique qui permettait au défenseur des droits d'apporter une aide matérielle au lanceur d'alerte par le biais d'une aide financière (avance sur frais de procédure) ou d'un secours financier (en cas de difficultés financières compromettant ses conditions d'existence) a été jugé non conforme aux missions du défenseur des droits telles qu'elles sont définies par l'article 71-1 de la constitution⁸.

En vertu de l'article 10 de la loi Sapin 2, la protection du lanceur d'alerte contre toute forme de représailles est conditionnée à sa bonne foi et au respect de la procédure de dénonciation graduée.

De plus, la loi Sapin 2 renforce significativement la protection des lanceurs d'alerte par plusieurs biais : la garantie de la stricte confidentialité de leur identité dans le cadre du dispositif de recueil de l'alerte (art. 9-I)⁹ ; la pénalisation

¹ Plusieurs lois successives ont été adoptées (souvent en réponse à des scandales financiers ou sanitaires) : la loi n°2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, au JO du 14 novembre 2007, p. 18648 (transposition de la Convention « mérida ») ; la loi n°2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, au JO du 30 décembre 2011, p. 22667 ; la loi n°2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte, au JO du 17 avril 2013, p. 6465 ; la loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, au JO du 12 octobre 2013, p.16829 ; la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, au JO du 7 décembre 2013, p. 19941

² Cette définition est large. Elle dépasse le contexte de la relation de travail.

³ Cette définition du lanceur d'alerte a été déclarée conforme à la Constitution ; cf. **CC, décision n° 2016-741DC, 8 décembre 2016, Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique**, au JO du 10 décembre 2016.

⁴ Il s'agit du canal « interne » de l'alerte.

⁵ Il s'agit alors du canal « externe » de l'alerte.

⁶ Il faut noter qu' « en cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles », il est possible de passer outre les canaux internes de signalement et s'adresser directement aux organismes du canal externe ou au public.

⁷ Loi organique n° 2016-1690 du 9 décembre 2016 relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte, au JO du 10 décembre 2016.

⁸ **CC, décision n° 2016-740 DC, 8 décembre 2016, Loi organique relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte**, au JO du 10 décembre 2016.

⁹ Est également garantie la confidentialité de la personne mise en cause par le signalement (sauf à l'égard de l'autorité judiciaire) tant que le caractère fondé de l'alerte n'est pas établi (art. 9-I al. 3).

des « étouffeurs d'alerte » (art. 13) ; l'affirmation d'une irresponsabilité pénale en cas de divulgation de secrets protégés par la loi, à condition qu'elle soit nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervienne dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne réponde aux critères de définition du lanceur d'alerte, hors trois exceptions (secret défense, secret médical, secret relation avocat-client) (art. 7) ; et, s'agissant des agents publics en particulier, un renforcement des pouvoirs du juge administratif en cas de mesures de représailles contre un lanceur d'alerte de bonne foi par le biais de la possibilité d'enjoindre à l'administration de réintégrer l'agent injustement démis de ses fonctions (nouvel art. L. 911-1-1 du code de justice administrative). **D.P-P**

Décret n°2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'Etat, au JO du 20 avril 2017.

Le décret fixe les modalités selon lesquelles sont établies les procédures de recueil des signalements. Chaque organisme concerné doit établir sa propre procédure conformément aux dispositions législatives et réglementaires applicables. Pour les administrations de l'Etat, la procédure est créée par voie d'arrêté. Une procédure commune à plusieurs administrations est envisageable. Il est indispensable de désigner un référent (qui peut même être extérieur à l'organisme) qui doit disposer des moyens suffisants à l'exercice de ses fonctions. Les procédures mises en place devront faire l'objet d'une publicité adéquate de manière à la rendre accessible aux agents. **D.P-P.**

Actualisation au niveau de l'Union européenne :

Publication, le 26 janvier 2017, par la commission européenne d'une feuille de route¹⁰ pour l'adoption d'une directive européenne sur la protection des lanceurs d'alerte avec une étude de faisabilité (fondements légaux, subsidiarité), une consultation en ligne¹¹ et une étude d'impact inscrites à l'agenda 2017. **D.P-P.**

Vote, le 14 février 2017, d'une résolution par le Parlement européen sur « le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne », appelant la Commission européenne à présenter une directive avant la fin de l'année 2017 et demandant la création d'un organisme européen de recueil des alertes et de soutien aux lanceurs d'alerte. **D.P-P.**

Procès de lanceurs d'alerte :

Procès Antoine Deltour et Raphaël Halet dans le cadre de l'affaire « Luxleaks » : la justice luxembourgeoise a réduit, en appel, le 15 mars 2017, les peines prononcées à l'encontre des deux lanceurs d'alerte : Antoine Deltour est condamné à six mois de prison avec sursis et 1 500 euros d'amende et Raphaël Halet à une amende de 1 000 euros. Le journaliste Edouard Perrin a été acquitté. **D.P-P.**

Remise de peine pour Bradley/Chelsea Manning, lanceuse d'alerte dans le cadre de l'affaire « Wikileaks », par Barack Obama avant la fin de son mandat : elle est sortie de prison le 17 mai 2017 (après 7 ans sur les 35 ans initialement prévus). **D.P-P.**

Les vulnérabilités

La réforme du divorce par consentement mutuel :

Le 1^{er} janvier 2017, est entrée en vigueur la réforme du divorce par consentement mutuel, issue de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle et du décret du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du Code civil. Une procédure extrajudiciaire doit désormais être mise en œuvre lorsque les époux sont d'accord à la fois sur le divorce et sur ses effets. Chacun des époux doit être assisté de son avocat, qui peut être rémunéré au titre de l'aide juridictionnelle. Les avocats rédigent un projet de convention comprenant des mentions prescrites à peine de nullité et portant sur les conséquences tant patrimoniales qu'extrapatrimoniales du divorce, notamment, le cas échéant, sur la prestation compensatoire et les modalités d'exercice de l'autorité parentale à l'égard des enfants communs. Les époux ne peuvent signer le projet de convention qu'au terme d'un délai de réflexion d'au moins quinze jours. Une fois la convention signée par chacun des époux et par leurs avocats respectifs, elle est déposée, dans un délai de sept jours, au rang des minutes d'un notaire, ce qui lui donne force exécutoire. Le rôle du notaire est alors circonscrit à la vérification des exigences formelles. Un arrêté du 20 janvier 2017 a fixé à 42 euros l'émolument perçu par le notaire.

¹⁰ http://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/plan_2016_241_whistleblower_protection_en.pdf.

¹¹ <https://ec.europa.eu/eusurvey/runner/whistleblowerprotection2017>.

Une exception est prévue à la possibilité pour les époux de divorcer par acte sous signature privée déposé au rang des minutes d'un notaire : si l'enfant mineur capable de discernement demande à être entendu par le juge, les époux devront emprunter la procédure judiciaire traditionnelle en soumettant leur convention de divorce à l'homologation du juge aux affaires familiales. Après avoir procédé à l'audition de l'enfant s'il est capable de discernement, ou avoir refusé de l'entendre dans le cas contraire, le juge prononcera le divorce des époux, à condition notamment que la convention préserve les intérêts de l'enfant mineur. Un arrêté du 28 décembre 2016 a fixé les termes d'un formulaire qui doit être remis par les parents à l'enfant mineur capable de discernement, pour l'informer de son droit à être entendu et des conséquences de son choix sur les suites de la procédure. Ce formulaire, qui doit être daté et signé par l'enfant, lui permet de faire connaître son choix sur son souhait d'être ou non entendu. **B.M.**

La sécurité

Les aspects pénaux de la loi relative à la sécurité publique

Présentant les traits d'un texte « fourre tout » comportant 40 articles, la loi du 28 février 2017 comporte de nombreuses dispositions relatives à l'action des forces de l'ordre et notamment de la police municipale qui voit ses prérogatives élargies et peut, dorénavant, relever l'identité des contrevenants afin de dresser procès-verbal. La loi vient également assurer davantage la protection des policiers, gendarmes ou encore des douaniers en leur permettant d'être uniquement identifié dans les procédures par leur numéro de matricule en lieu et place de leur état civil. Outre d'autres améliorations en matière de renseignement, les dispositions les plus notables du texte tiennent d'une part, au rétablissement du délit de consultation habituelle de site internet terroriste initialement censuré par le Conseil constitutionnel dans la version de l'art. 421-2-5-2 C.pén. créé par la loi du 3 juin 2016. La loi exige désormais que soit réunie la condition d'une manifestation de la part de la personne qui visite le site de son adhésion à l'idéologie exprimée par ce dernier. D'autre part, la loi crée un nouvel art. L. 435-1 du code de la sécurité intérieure apparaissant comme un nouveau cas de permission de la loi. Cette disposition offre la possibilité d'user de leur arme de service aux gendarmes, policiers, agents des douanes, militaires et agents pénitentiaires, dans cinq hypothèses distinctes des lors que cet usage est absolument nécessaire et strictement proportionné. Précisément le texte nouveau intègre l'hypothèse de l'art. L. 2338-3, 3° du code de la défense qu'il abroge ainsi que celle de péripète meurtrier institué par l'éphémère article 122-4-1 C.pén. créé par la loi du 3 juin 2016.

Sources : Loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique, V ; Dr. Pén. 2017, étude 12 par F. Fourment. V. également, 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 la procédure pénale ; Cons. const., décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017. **F. L.**

CJUE: Par mesure de sécurité publique et de prévention, un Etat-Membre peut rejeter une demande d'asile d'un individu ayant participé, même indirectement à une activité d'un réseau terroriste.

En 2006, un individu de nationalité marocaine, est condamné par le tribunal correctionnel de Bruxelles (Belgique) à une « peine de six ans d'emprisonnement pour participation aux activités d'un groupe terroriste ». Il a en effet contribué à envoyer des hommes en Irak en leur fournissant des faux passeports, ce qui est a été qualifié par le tribunal d'« acte de participation à l'activité d'une cellule qui apporte son soutien logistique à un mouvement terroriste ». En 2010, il introduit une demande d'asile en Belgique, craignant les représailles s'il retourne au Maroc. La demande a été rejetée mais le Conseil contentieux des étrangers a convenu de reconnaître le statut de réfugié à cet homme. Il argue que les faits reprochés ne constituent pas des infractions terroristes, ni un commencement d'exécution d'un acte terroriste, qui auraient pu engager sa responsabilité personnelle.

Le Conseil d'Etat Belge est saisi en cassation et ce-dernier demande à la Cour de justice des questions préjudicielles de quelle manière exclure un individu du statut de réfugié pour des « agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies » lorsqu'il a été pénalement condamné pour avoir participé à des activités terroristes sans avoir commis les actes lui-même (il relève de l'arrêt qu'il n'a pas personnellement commis les actes de terrorisme, ni même qu'il ait été l'instigateur).

La Cour relève que la notion « d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies » ne se limite pas exclusivement aux actes terroristes: il est donc possible d'exclure du statut de réfugiés des personnes s'étant livrées à des activités de recrutement, organisation, équipement et transport pour envoyer des personnes dans un Etat autre que leur Etat de nationalité ou de résidence afin de préparer ou commettre des actes terroristes. En l'espèce, il a en effet par la fourniture de passeports commis des agissements justifiant son exclusion du statut de réfugié.

Renvoie préjudiciel - CJEU Affaire C-573/14 - arrêt 2017/C 104/18. **AAH**

JANVIER 17



→ 20 Janvier

Journée d'étude

Loi du 14 Mars 2016 : Une protection renforcée de l'enfant ?

La loi n°2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant vise à compléter la loi n°2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfant. Elle n'a pas vocation à réformer la protection de l'enfant, mais, articulée autour de la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, elle vise à la renforcer en améliorant les dispositifs existants. Le texte entré en vigueur le 15 mars 2016, tout en complétant le dispositif existant, soulève l'épineuse question du renforcement effectif de la protection de l'enfant, en ce qu'il laisse perdurer des zones d'ombre et des incohérences : une charge importante continue notamment de peser sur les acteurs locaux, sans qu'ils soient pour le moment dotés des moyens d'action et des méthodes nécessaires à leur mission et la question de l'intérêt de

l'enfant peine à s'imposer dans la durée en particulier au regard du parcours de protection. Ainsi, si d'un point de vue théorique, la loi reconnaît et valide la place de l'intérêt supérieur de l'enfant, d'un point de vue pratique, elle est à la fois susceptible de générer de nouveaux risques et d'en contenir d'autres, préjudiciables à l'intérêt supérieur de l'enfant. Partant, en prenant appui sur la place de l'intérêt supérieur de l'enfant, la journée d'étude sera l'occasion de revisiter la protection de l'enfant à l'aune de la nouvelle loi et d'examiner tant ses avancées que ces insuffisances et les risques qui y sont inhérents.

Une publication des actes enrichie des articles d'autres contributeurs est prévue dans le courant de l'année 2017 En attendant ci-dessous, un résumé du déroulé de cette journée :

En réponse aux objectifs nationaux et au rôle du département du Nord pour une protection renforcée des droits des enfants, une présentation diachronique de Jean-Jacques YVOREL a mis l'accent sur le rôle de la justice pour venir en aide aux enfants en danger.

Monsieur Gilles SERAPHIN a introduit la journée d'étude en sa double qualité, d'une part, de membre du groupe de travail sur la protection de l'enfant et l'adoption, présidé par Madame Adeline GOUTTENOIRE, d'autre part en tant que directeur de l'Observatoire national de la protection de l'enfant. Il a ainsi pu nous faire part de son regard sur la loi du 14 mars 2016, dont il a participé à la genèse. Il a également évoqué les nouvelles missions confiées par la loi à l'Observatoire national de la protection de l'enfant, qui a remplacé, par l'effet de cette loi, l'ancien Observatoire national de l'enfant en danger, créé par la loi du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfant.

Ces deux entrées en matière justifient les débats qui ont suivi sur la loi du 14 mars 2016.

1ère partie – La conception de la loi

Table ronde – L'intérêt supérieur de l'enfant dans les débats législatifs.

Patricia DELORME, Directrice à la Direction de l'Enfance, de la Famille et de la Jeunesse au Conseil départemental du nord a animé cette première table ronde portant sur l'intérêt supérieur de l'enfant dans les débats législatifs, autour de laquelle étaient réunis Christophe BELLON, maître de conférences à la Faculté de droit de l'Université catholique de Lille, Docteur en Sciences Politiques, Isabelle CORPART, maître de conférences HDR à la Faculté des sciences économiques sociales et juridiques de l'Université de Haute Alsace, Léonor SAUVAGE, Conseillère en charge de la protection de l'enfant au Cabinet de Madame Laurence Rossignol, Ministre des familles, de l'enfance et des droits des femmes, Jean-Pierre DELANNOY, administrateur de l'Assemblée nationale et Flore CAPELIER, Docteur en droit public, membre associé au Centre d'études et de Recherches de Sciences Administratives CERSA, Université Paris 2 Panthéon Sorbonne.

Les interventions se sont déroulées de manière chronologique, partant de la famille comme cadre premier de la protection de l'enfant : ces explications préalables ont permis de mieux comprendre la lente maturation du droit de la protection de l'enfant et ses liens avec l'adoption. L'analyse des étapes antérieures et préparatoires a permis de comprendre la place de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la réflexion et les enjeux liés à la conception de la loi du 14 mars 2016. Les difficultés liées à la procédure législative ont mis en évidence à la fois le consensus qui a pu se dégager autour de l'intérêt supérieur de l'enfant mais également la transformation du texte initial : il a été regretté à plusieurs reprises que le texte adopté ne soit pas allé aussi loin que les rapports le préconisaient. Cette fabrique de la

loi a permis de mettre en évidence les avancées et les insuffisances du texte ainsi que l'évolution de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le droit de la protection de l'enfant.

2ème partie : les risques de la loi

Table ronde : Les réformes dans la prise en charge de l'enfant.

Gilles SERAPHIN, Directeur de l'Observatoire national de la protection de l'enfance, a animé cette table ronde sur les risques de la loi, autour de laquelle étaient réunies Josiane BIGOT, présidente de la chambre de la famille de la cour d'appel de Colmar, Aurélie LEBEL, avocate et présidente de la commission famille du barreau de Lille, Gisèle DELCAMBRE, vice-présidente du tribunal pour enfants de Lille, Amélie NIEMIEC, docteur en droit privé et Nadia BEDDIAR, docteur en droit public et enseignant-chercheur à l'École nationale de la protection judiciaire de la jeunesse.

Dans un premier temps, les intervenantes ont été invitées à faire part de leur point de vue concernant l'application, dans leurs différents champs professionnels, de la précédente loi relative à la protection de l'enfant : la loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance. Bien que cette loi ait constitué une avancée, notamment dans la prise en compte des droits des usagers, il y a lieu de souligner les limites dans la mise en œuvre des dispositions issues de la réforme de 2007. En particulier, il a été constaté que la subsidiarité de la protection judiciaire de l'enfance par rapport à la protection administrative n'était encore que théorique dans de nombreux départements, parmi lesquels le département du Nord. Egalement, il a été regretté un manque de formation et une surcharge d'activité des travailleurs sociaux, qui se trouvent souvent dans l'impossibilité de mettre en œuvre les dispositions issues des réformes législatives successives.

Dans un second temps, il a été demandé aux intervenantes dans quelle mesure la loi du 14 mars 2016 et ses différents décrets d'application allaient faire évoluer la prise en charge de l'enfant. L'apport de la loi du 14 mars 2016 a alors été relativisé : dès lors que les moyens humains et la formation des professionnels demeurent insuffisants, il reste à craindre que les dispositions nouvelles ne soient appliquées que partiellement. Par ailleurs, plusieurs intervenantes ont exprimé leur vive préoccupation quant à la prise en charge des mineurs non accompagnés, que la loi du 14 mars 2016 ne contribue pas à renforcer.

Table ronde : La prise en compte de la parole de l'enfant

Animée par Placide MABAKA, Professeur de droit public et chercheur associé au C3RD, cette table ronde a réuni deux administratrices ad hoc, Monia SCATTAREGGIA de l'association Thémis et Sarah HAROUNE de l'association A.J.A.R., ainsi que Blandine MALLEVAEY, Maître de conférences en Droit privé et sciences criminelles à la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Lille. Les rédacteurs de la loi du 14 mars 2016 ayant placé le respect des droits de l'enfant au cœur de leurs motivations, cette table ronde était consacrée à l'un des droits fondamentaux reconnu à l'enfant par la Convention internationale des droits de l'enfant en 1989 : le droit de participer aux décisions qui le concernent. Il s'agissait également pour les administratrices ad hoc d'envisager les changements apportés par la loi nouvelle dans leurs pratiques professionnelles.

A ainsi été évoquée l'obligation imposée par la loi du 14 mars 2016 de recueillir l'accord de l'intéressé avant de pratiquer sur lui des examens radiologiques osseux aux fins de détermination de son âge. Les intervenantes ont fait part de leur perplexité quant à la compréhension, par l'intéressé, de la portée réelle de son consentement, en particulier dans la mesure où il n'est accompagné ni par un avocat, ni par un administrateur ad hoc au moment où il exprime ce consentement. Elles se sont également interrogées sur les conséquences qu'emporterait un refus de consentir aux examens osseux ordonnés par l'autorité judiciaire. En outre, a été abordée l'obligation faite par la loi du 14 mars 2016 au tribunal de grande instance de procéder à l'audition du mineur capable de discernement lors de la phase judiciaire de la procédure d'adoption. Les dispositions en ce sens réalisent certes une avancée par rapport au droit commun de l'audition de l'enfant dans les procédures civiles le concernant, mais elle doit être relativisée au regard notamment de la marge d'appréciation laissée aux magistrats dans l'évaluation du discernement.

Les administratrices ad hoc sont par ailleurs revenues sur les dispositions de la loi du 14 mars 2016 empêchant le département d'exercer les fonctions d'administrateur ad hoc auprès de l'enfant dans le cadre de la procédure d'assistance éducative, ce qui est source de difficultés dans les départements où l'essentiel des administrateurs ad hoc sont des agents du département, comme c'est le cas dans le Nord. Enfin, les intervenantes ont fait part de leur inquiétude quant au fait que le législateur avait réintroduit l'inceste dans le Code pénal sans rendre obligatoire la désignation d'un administrateur ad hoc pour assurer la protection de l'enfant. **S.D.-M. et S.H.**



→ 1^{er} et 15 Février, 1^{er} et 15 Mars

Colloque

Terrorisme et justice

Depuis le 11 septembre s'est développé un droit pénal de la menace. La lutte contre le terrorisme est présentée comme « une guerre civile mondiale ». Peut-on dépasser la violence et la barbarie par la justice ?, s'interroge Jean-Jacques Urvoas lors d'une journée de formation des magistrats référents terrorisme le 24 mars 2016 : « *Le terrorisme est devenu un horizon quotidien au point qu'il n'est sans doute pas excessif de considérer qu'il est désormais une des principales menaces pesant sur la sécurité mondiale* » (Journal spécial des sociétés du samedi 26 mars 2016, n°24). La justice est confrontée à un nouveau défi. Elle doit agir contre un ennemi constamment redéfini qui la place devant une situation inédite : vaincre une menace virtuelle. Comment y parvenir dès lors que la guerre contre le terrorisme est à la fois sans limite spatiale et sans fin temporelle ?

Comment comprendre un tel phénomène qui risque de remettre en cause l'équilibre actuel de notre droit, de notre justice, de notre société ?

La 1^{ère} conférence introductive « **La justice face au terrorisme** » (le mercredi 1^{er} 2017) a eu pour objectif de définir une approche du terrorisme et de montrer l'impact de cette notion au niveau national et international. En particulier, l'accent a été porté sur les décisions prises par la Cour de justice de l'union européenne et la nécessité d'une justice spécialisée. Un débat a été ouvert entre Maître Vincent Potié du barreau de Lille, Hélène Tigroujda (professeur de droit international public et de droit européen à l'université d'Aix Marseille) et Ioannis Panoussis (Directeur du Master 2 droits de l'homme, sécurité et développement).

Cette conférence a permis d'ouvrir sur les 3 axes de réflexions suivants :

« **La prévention du terrorisme** » (2^{ème} conférence le mercredi 15 février 2017) : Comment prévenir le phénomène de radicalisation dénoncé comme une des causes de dérive vers le terrorisme que ce soit dans la société ou dans le milieu carcéral. Dans un état d'urgence dans lequel nous nous trouvons depuis près d'un an, la juge administratif participe plus activement à la sécurité de tous.

Un débat a eu lieu entre : un philosophe : Cathy Leblanc (Faculté de théologie de l'Université catholique de Lille), un magistrat administratif : Joëlle ADDA (Présidente du TA de Lille) une directrice adjointe qui s'occupe spécialement des phénomènes de radicalisation en milieu pénitentiaire (Maison d'arrêt de Sequedin) : Delphine Rousselet, un spécialiste de la cybercriminalité : Jean-Paul Pinte (Faculté Libre des Sciences de l'Homme de l'université catholique de Lille) et Sylvie Humbert (directrice du C3RD).

« **Les moyens au service de la lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme** » 3^{ème} conférence Le mercredi 1^{er} mars. Quelles peuvent être les mesures mises en place pour prévenir les attentats et lutter contre les risques liés au terrorisme. En amont de la justice, des pouvoirs importants sont conférés au Préfet de région ainsi qu'aux différentes polices. Les stratégies développées utilisent des moyens technologiques de plus en plus sophistiqués et viennent renforcer les stratégies financières définies dans un but à la fois de prévention et de conservation des éléments pouvant servir à justifier les mesures prises tant dans un contexte d'état d'urgence que dans un souci de plus grande répression.

Un débat a été ouvert avec Monsieur le préfet de région : Michel Lalande, un officier de police judiciaire : Le lieutenant Arnaud Cheminant (chef de la division délinquance économique et financière à Lille-Villeneuve-d'Ascq, section de recherche de la gendarmerie nationale du Nord-Pas-de-Calais), un magistrat rattaché au parquet : Bruno Dieudonné (TGI de Lille), un économiste : Nicolas Vaillant (Vice-Président Vice-recteur recherche UCL) et Xavier Pacreau, membre du C3RD.

« **Juger les terroristes** » 4^{ème} conférence le mercredi 15 mars. Une section antiterroriste a été instituée à Paris pour renforcer l'action des JIRS compétents pour juger les crimes organisés. Dans le contexte de l'état d'urgence, il a été fait un rappel historique de l'office du juge d'instruction depuis la guerre d'Algérie dans le ressort de la cour d'appel de Douai jusqu'aux attentats du métro saint-Michel à Paris. Comment assurer ensuite la défense lors du procès et comment sanctionner de tels agissements ?

C'est ce débat qui a été développé lors de cette dernière conférence conclusive entre un avocat international du barreau de Paris Xavier Nogueras, une historienne du droit et de la justice : Sylvie Humbert (directrice du C3RD) et Aurélien Raccah, membre du C3RD. **S.H.**

→ 3 Février

Conférence (Campus de Paris)

European illiberal democracy ? Facing political risk within the EU

Intervenant : Mrs Valentina Volpe (senior research fellow at Max Planck Institute for comparative public law and international law- Heidelberg) – avec le C3RD et l’IELS – 3 février 2017

4 Février

Conférence

« L’OFPRA et le droit d’asile »

– intervenant : Mme Marie SALORD, (responsable du Service juridique de l’OFPRA) – à Lille en partenariat avec le cours de droit humanitaire et droits de l’homme dans les crises du Master 2 de sciences politiques de Lille 2



→ 8 Février

Colloque

La loi du 4 Mars 2002 : 15 ans après

Organisée par les étudiants du Master 2 droit de la responsabilité médicale
En présence de Monsieur Bernard KOUCHNER ancien ministre de la santé.



→ 10 Février

Défendre l’indéfendable ?

Conférence organisée par les étudiants du M2 DMP sur le rôle de l’avocat dans un grand procès criminel.

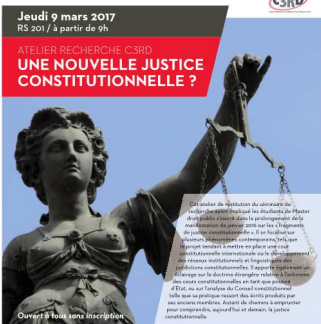


MARS 17



→ 9 Mars

**Atelier de restitution du séminaire de recherche
Une nouvelle justice constitutionnelle ?**



/ LES FACULTÉS DE L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LILLE /



→ 10 Mars

Colloque

Impact de la digitalisation sur le droit social et la gestion des ressources humaines : Quels nouveaux enjeux pour l'entreprise ?

Organisé par les étudiants du Master II Droit et Gestion des Ressources Humaines en alternance sur le campus d'Issy-Les-Moulineaux.

→ 13 Mars

Conférence

L'union Européenne à l'épreuve des relations internationales

avec M. Manservigi, DG de la DG DEVCO, Commission européenne (en français)



→ 17 Mars

Conférence

Uber compétitive ? EU rules and UBER

avec Jindrich Kloub (DG Comp) et Richard Pepper (Cleary Gottlieb)



→ 29 Mars

Cycle de recherche

Grands procès et risques judiciaires

Restitution des travaux des étudiants du Master II professions juridiques et judiciaires

→ 30 Mars

Colloque

40 ans des protocoles additionnels aux conventions de Genève

Interrogation sur les enjeux contemporains du droit des conflits armés

Organisé par Printemps solidaire et étudiants du Master II DHSD.



→ 31 Mars

Colloque

La médecine judiciaire d’hier et d’aujourd’hui : regards croisés

Colloque à la Cour de Cassation, les étudiants du master II droit de la responsabilité médicale se sont rendus sur place.



COLLOQUE À LA COUR DE CASSATION

La médecine judiciaire d’hier à aujourd’hui : Regards croisés



vendredi 31 mars 2017 de 9h45 à 18h00 en Grand chambre 3 quai de l’Horloge - Paris 1^{er}

Cour de cassation
3 quai de l’Horloge
75001 Paris cedex 01
www.courdecassation.fr

Bibliothèque de la Cour de Cassation
10 rue de la Harpe
75005 Paris cedex 05
www.bibliothecede.courdecassation.fr



→ 31 Mars

Conférence

Le comité des régions voix des collectivités locales en Europe

Avec la participation de M. François Decoster, Président de la Commission de la citoyenneté, de la gouvernance, des affaires institutionnelles et extérieures du Comité des Régions, Vice-Président du Conseil régional des Hauts-de-France et Maire de Saint-Omer, Pas-de-Calais.

AVRIL 17

→ Du 27 au 29 Avril

Conférence IELS

Sur le risque en droit international dans le cadre du Telders’ Friendly

IELS organise une conférence sur les risques émergents en droit international.

25 Avril

« Desde Lochner Hasta Viking – Un breve recorrido por libertad de Contratación desde los Estados Unidos de la primera mitad del s. XX a la Europa actual »

Intervenant : M. Gutierrez Velasco (Professeur associé à la Faculté de droit de Saragosse) – avec l’IELS –

MAI 17

→ 19 Mai

Colloque

La justice prédictive

Praedicere, prédire ou dire d’avance, un vieux rêve de l’humanité ou une réalité angoissante ? Prédire plutôt que dire le droit ? Des liens étranges se tissent entre le mythe et une presque réalité. Bouleverser les pratiques, simplifier les tâches de recherche, valoriser le précédent, tels sont notamment les promesses offertes par les Legaltech présentent le 19 mai lors du colloque qui s’est déroulé dans les locaux de l’Université catholique de Lille. Une discussion libre est engagée, sans *a priori*, concrète mais, avec le souhait de protéger les principes essentiels de notre droit, à l’instar des principes directeurs du procès comme a pu le mettre en lumière le Doyen Ioannis Panoussis, ou encore marquée par la nécessité de mieux préparer les étudiants à ces transformations imminentes comme ont pu le souligner Nathalie Laugier et Lina Willlate.

Le juge Antoine Garapon, comme l’ensemble des magistrats qui sont intervenus, ont bien martelé qu’il ne saurait être question de confier la décision à la machine : d’une simple bouche de la loi qu’il n’est plus au fond depuis longtemps, le juge ne peut se trouver réduit à n’être que la bouche du logiciel. En réalité, la justice prédictive serait en quête du « mieux juger », plus efficacement moins aléatoirement nous dit-on.

Aujourd’hui, il semble que les logiciels testés par les magistrats ne permettent pas encore pleinement d’apporter satisfaction. Pour autant, les nombreuses questions qui se posent appellent assurément de poursuivre la réflexion : quid des usages par les avocats et les magistrats ? Quid du développement des modes de règlements amiables au regard des prédictions ? Quid des responsabilités, des fabricants, des avocats ? Quid de la collecte et de la protection



LES FACULTÉS DE L’UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LILLE

des données ? Quid du respect des principes essentiels du procès ? Quid de la transparence des données exploitées et des financements ?

Face à tant d'incertitudes, la journée du 19 mai a néanmoins permis de révéler une certitude : le sujet mérite encore de longues et belles réflexions. **A.M**

Publications et communications scientifiques ...

Delphine POLLET-PANOUSSIS

Annales et sujets d'actualité corrigés 2017 : droit administratif, Paris, Gualino, Tome 1 (sem. 1) et 2 (sem. 2), 2016

« **Le mimétisme constitutionnel africain : l'exemple de la RDC** », in *Les modèles constitutionnels*, Paris, 2016, L'Harmattan, pp. 179-213

« **L'agent public, lanceur d'alerte** », in *Les lanceurs d'alerte*, Paris, LGDJ, 2017, pp. 139-151

Co-direction (avec le Professeur DISANT) de l'ouvrage collectif *Les lanceurs d'alerte*, Paris, LGDJ, juin 2017

Bertrand HEDIN

« **La réforme du droit des inscriptions sur la liste électorale : l'élargissement des conditions d'inscription** » ; Actualité Juridique des Collectivités Territoriales, janvier 2017, éditions Dalloz.

« **Légalité du refus d'un maire d'inhumér le corps d'un individu auteur d'actes terroristes ; commentaire de l'arrêt du Conseil d'Etat, QPC, 16 décembre 2016, n°403 738- Commune de Mantes-la-Jolie** » ; Actualité Juridique des Collectivités Territoriales, mars 2017, éditions Dalloz.

« **Droit d'exhumer les restes de corps déposés à l'ossuaire** » ; **commentaire de l'arrêt du Conseil d'Etat, 21 novembre 2016, n°390 298 - Commune de Saint-Etienne** ; Actualité Juridique des Collectivités Territoriales, avril 2017, éditions Dalloz.

Sylvie HUMBERT

« **Crimes de masse et lutte contre l'impunité : une approche historique** » dans *Les cahiers de la Justice*, dalloz 2017/1, p.83 à 94

« **Prévenir les risques, juges et psychiatres face aux mêmes objectifs** », dans *revue de l'Information Psychiatriques*, 2017/3, p. 185-191.

« **La cour d'appel de Douai dans la tourmente de l'histoire** », dans *Le procès politique, du XV^e au XX^e siècle*, dir Denis Salas, revue n° 27, La DF.

Rédactrice associée : « **Le procès politique, du XV^e au XX^e siècle** », *Revue N°27, La Documentation française*, collection Histoire de la Justice (AFHJ), mai 2017

Andra COTIGA-RACCAH

« **Country report Romania** », *The encyclopedia of private international law*, vol. III, sous la direction de Jürgen Basedow, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Germany and Institut de Droit International, Giesela Rühl, Friedrich-Schiller-University Jena, Germany, Franco Ferrari, New York University School of Law, US and Pedro de Miguel Asensio, Complutense University of Madrid, Spain, Avril 2017

Alexandre DUMERY

« **Quand le privilège de procédure rencontre les droits propres du débiteur : la confirmation d'une appréciation souple des créances nées pour les besoins de la procédure au sens de l'article L. 622-17 du Code de commerce, et**

les risques d'insécurité juridique qui en découlent ». Commentaire de Com. 1^{er} décembre 2015 (n° 14-20.688), Les Petites affiches 24 janvier 2017, p. 7.

« **Vices du consentement et cession de gré à gré des actifs en liquidation judiciaire** », obs. sous Com. 4 mai 2017 (n° 15-27.899), JCP édition générale 2017, n° 21, act. 564.

« **Inopposabilité d'une clause d'indemnité de recouvrement à la sauvegarde** », obs. sous Com. 22 février 2017 (n° 15-15.942), JCP édition générale 2017, n° 11, act. 279.

« **La déclaration notariée d'insaisissabilité irrégulière désormais inopposable à la procédure collective !** » Commentaire de Com. 15 novembre 2016 (n° 14-26.287), JCP édition générale 2017, n° 1-2, note 21.

Sarah DURELLE-MARC

« **D comme Doctorant – De la rationalisation du statut à la difficile reconnaissance institutionnelle. Coup d'œil sur l'arrêté fixant le cadre national de la formation et les modalités conduisant à la délivrance du diplôme national de doctorat** », in *Abécédaire en l'honneur de Madame la Professeure Catherine Flaesch-Mougin*, PUR, Collection *Droits européens*, 2017, 662 p., p. 161-170.

La sécurisation du lien de parenté par la reconnaissance fiscale de l'enfant mineur adopté simple, Chronique « Droit et risque n°8 », Petites Affiches, 23 janvier 2017, p. 10-12.

Xavier PACREAU

« **La responsabilité de protéger et la CPI** », 2017 (en cours de rédaction).

Rédaction de l'entrée « Etats-Unis » pour *Dictionnaire encyclopédique de la justice pénale internationale*, O. Beauvallet (dir.), à paraître début 2017

Ils ont participé ...

Andra COTTIGA-RACCAH

“Cross border mobility of companies”, moderator and lead organizer, Inaugural Workshop, devoted to the work of the SIG , 23 June 2017 in Vienna (Austria)

Sylvie HUMBERT

Présentation dans la chambre du Parlement de Flandres de la Cour d'appel de Douai du film « Un procès criminel en 1415 », en présence des magistrats et de la classe préparatoire de l'ENM, 26 janvier

Table ronde sur la recherche et les archives lors des Etats généraux de la recherche sur le droit et la justice, organisés à Paris par le CNRS et le GIP justice, du 30 janvier au 2 février 2017, intervention le 31 janvier.

Restitution du voyage au Rwanda, Ministère de la justice, salon des oiseaux, 23 mars

Colloque Les ressorts de l'extraordinaire, police et justice dans la fabrique de l'exception, Présidence sur le thème « Les figures de l'exception », le 30 mars de 14h à 17h

Colloque La médecine judiciaire, regards croisés, Grand Chambre de la cour de cassation, Paris, Présidence de la matinée et conclusion, 31 mars

Hommage à Pierre Arpaillange, présentation du DVD, Chambre criminelle de la Cour de cassation (présence du ministre de la justice, 100 personnes), 21 avril

Séminaire de recherche sur la réhabilitation des mineurs grévistes de 1948 à la Fondation varenne, Paris, 12 mai

Intervention lors de la session ENM sur l'Humanité du juge, 18 mai de 14h à 16h

Conférence lors du cycle sur « les gens de justice » à la Cour de cassation : Juges et avocats pendant la grande Guerre, 18 mai de 18h à 20h

« Cycle de conférence sur le terrorisme » du 1^{er} février au 15 mars 2017

« Cycle de conférence : gens de Justice, images et réalités » du 2 février au 7 décembre 2017

Ioannis PANOUSSIS

19 mai 2017, coordinateur/organisateur d'un colloque international sur « la justice prédictive » en partenariat avec la Cour d'appel de Douai et le barreau de Lille (et avec le soutien de la CNIL, de l'ENM et d'autres institutions nationales). **Intervention sur les « enjeux juridiques de la Justice prédictive »** en particulier sur « les risques en matière de garanties procédurales ».

28 avril 2017, animation d'une table ronde, panel sur le thème « Secession and Human Rights »

1^{er} février 2017, coordinateur scientifique d'un cycle de conférences sur « La lutte contre le terrorisme et les mutations du droit pénal », en partenariat avec l'ENM et l'ordre des avocats. **Intervention** sur « le contexte national et international / Le juge confronté à l'absence de définition du terrorisme ».

Lina WILLIATTE-PELLITTERI

Les dangers de l'utilisation des NTIC, par les professionnels intervenant dans le monde de la santé et du social. Pôle Lorrain de gestion. NANCY. le 12/01/2017

L'impact du numérique dans la relation patient médecin. Colloque TIC Santé Paris, 02/02/2017

Intervention colloque : regards croisés sur la pratique médicale et droit médical. Colloque « la loi du 4 mars 2002 : 15 ans après ». Faculté de droit. ICL. 08/02/2017

Intervention atelier : La technologie demain : libératrice ou aliénante ? Colloque Big Data, intelligence artificielle, Trans humanisme. Prospective et éthique aux frontières de l'inconnu. Les Rencontres de l'Université : UCL 13 et 14/03/2017. Lille

Du colloque singulier à la médecine numérique : quel rôle pour le magistrat ? Colloque à la Cour de cassation du 31 mars 2017 Thème : Médecine et Justice.

« Les enjeux juridiques de la santé numérique » intervention lors d'une journée d'étude consacrées à la « Santé Numérique », 7 avril 2017, Université catholique de Lille, faculté de médecine et de maïeutique.

« L'outil connecté : entre lien permanent et responsabilités juridiques : quel curseur ? », journée d'étude consacrées à la « Santé Numérique », 27 avril 2017, Université catholique de Lille, faculté de médecine et de maïeutique.

« Les éclairages juridiques et réglementaires au sujet de la loi de février 2016, la personne de confiance, les mesures de protection. Situation des enfants/parents tuteur, Colloque du 6 avril 2017, « Cérébrolésions acquises : Les pratiques à la lumière de l'éthique, Respect, bientraitance, aspects juridiques et autres » Organisé par le Réseau TC AVC 59/62 conjointement avec France Traumatisme Crânien, Association nationale des professionnels au service des traumatisés crâniens

Sarah DURELLE-MARC

Les risques de la loi, Journée d'étude La loi du 14 mars 2016 : une protection renforcée de l'enfant ?, Centre de recherche sur les Relations entre le Risque et le Droit (C3RD), Faculté de Droit de l'Université Catholique de Lille, 20 janvier 2017.

Histoire et enjeux de la construction de l'Union européenne : l'impact du Brexit sur l'identité constitutionnelle de l'UE, Conférence, IDEF-Institutions d'études francophones, Athènes, avril 2017.

Chronique de Jurisprudence Par les étudiants du Master 2 Droit de la matière pénale

Sous la direction de Jean Pradel, Professeur émérite de la faculté de droit de Poitiers ;

André Varinard, Professeur émérite de l'Université de Lyon III et Franck Ludwiczak, Maître de conférences à la faculté de droit de l'Université catholique de Lille, Directeur du Master Droit de la matière pénale.

Plan de la chronique :

I – Procédure pénale et qualification de l'infraction

A – Incidence de la procédure pénale sur la caractérisation de l'infraction

↳ **Découverte d'une infraction commise par l'avocat à l'occasion de la transcription d'une conversation avec son client**, note sous CEDH 16 Juin 2016, req. n°49176/11 (Définitif 17 Octobre 2016), *VERSINI-CAMPINCHI et CRASNIANSKI c/ France*.

B – Incidence de la qualification des faits sur la procédure pénale

↳ **L'association de malfaiteurs en matière terroriste, source d'une procédure dérogatoire au droit commun**, note sous Cass. crim. 12 juillet 2016, n° 16-82.692.

II – Procédure pénale et Droits de la défense

A – Constitutionnalité du régime juridique de la garde à vue

↳ **Un principe de cohérence dans l'ombre du droit au silence**, note sous Cons. const., Décision n° 2016-594 QPC du 4 novembre 2016.

B – Contentieux de la détention provisoire

↳ **Le contournement du principe de comparution personnelle lors du débat contradictoire**, note sous Cass. Crim.5 octobre 2016, n°16-84.629.

↳ **Détention provisoire et atteinte à la présomption d'innocence**, note sous Cass. crim. 12 octobre 2016, n°16-84711.

I) Procédure pénale et qualification de l'infraction

A) Incidence de la procédure pénale sur la caractérisation de l'infraction

Découverte d'une infraction commise par l'avocat à l'occasion de la transcription d'une conversation avec son client, note sous CEDH 16 Juin 2016, req. n°49176/11 (Définitif 17 Octobre 2016), *VERSINI-CAMPINCHI et CRASNIANSKI c/ France*.

Par Camille VYNCKIER-LOBROS, Narimane HALFAOUI, Océane MAHÉ et Harold MECHICHE

Comme tout individu, l'avocat bénéficie d'une liberté de parole se rattachant à sa vie privée. Néanmoins, des atteintes peuvent être portées à ce droit, notamment en cas de commission d'une infraction. Dans cette hypothèse, l'Etat peut mettre en œuvre des procédures de surveillance du suspect attentatoires à sa vie privée. La Cour européenne des droits de l'homme peut ainsi être amenée à statuer sur la légitimité des atteintes prévues par le droit interne des Etats.

L'arrêt commenté du 16 juin 2016 témoigne de l'actualité du débat relatif aux écoutes téléphoniques concernant un avocat et fait précisément état de la position de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) dans ce domaine. En l'espèce, des suspects sont placés sur écoutes lors d'une enquête et leurs conversations avec leurs avocats sont écoutées et retranscrites. Des infractions commises par les avocats sont relevées, entraînant des poursuites judiciaires et disciplinaires.

La Cour de cassation avait examiné la validité des écoutes. Elle avait affirmé que « *le principe de confidentialité des conversations échangées entre une personne mise en examen et son avocat, ne saurait s'opposer à la transcription de certaines d'entre elles, dès lors qu'il est établi [...] que leur contenu est de nature à faire présumer la participation de cet avocat à des faits constitutifs d'une infraction*¹² ». Devant la Cour EDH, les requérants invoquent le principe de confidentialité des échanges protégé par l'article 8 Conv.EDH. La Cour EDH rejette leurs arguments et considère que l'ingérence dans leur vie privée et leurs conversations avec leurs clients disposaient d'une base légale suffisante. Elle ajoute que les écoutes étaient légitimées par le but de poursuites des infractions et nécessaires dans une société démocratique.

¹²Cass. crim., 1^{er} octobre 2003, n°03-82.909.

La Cour EDH apporte par cet arrêt des précisions sur l'encadrement des écoutes téléphoniques entre un client et son avocat au regard du secret professionnel auquel ce dernier est tenu. Dans son raisonnement, la Cour EDH constate la régularité des écoutes en dépit de l'atteinte à la vie privée (I). Elle en déduit par conséquent que la protection des échanges doit être réservée aux droits de la défense du client (II).

I - La régularité des écoutes malgré l'atteinte à la vie privée

La Cour EDH rappelle que les requérants avaient commis une infraction rendant la mise en œuvre des écoutes nécessaire et proportionnée (A). Elle se fonde toutefois sur une jurisprudence interne pour légitimer l'atteinte à la vie privée, ce qui semble insuffisant (B).

A - Le caractère nécessaire et proportionné des écoutes

La Cour EDH rappelle en l'espèce que « *la notion de nécessité, au sens de l'article 8 de la Convention, implique l'existence d'un besoin social impérieux et en particulier la proportionnalité de l'ingérence au but légitime poursuivi* ». Aux termes des articles 100 et s. c.pr.pén., le juge d'instruction peut, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription des correspondances émises par voie électronique. Ce procédé hautement intrusif dans la vie privée est placé sous le contrôle d'un magistrat du siège. Le code précise par ailleurs que les formalités prévues sont prescrites à peine de nullité.

C'est notamment pour cette raison que les écoutes doivent être nécessaires et proportionnées selon une jurisprudence constante de la Cour EDH¹³. En l'espèce, l'infraction commise par l'avocate, en ce qu'elle constitue un manquement au secret professionnel constitue une exception au principe de la confidentialité des échanges¹⁴. La solution n'est pas totalement novatrice sur ce point. La Cour de cassation française avait, en effet, déjà estimé que le contenu de la conversation entre un conseil et son client peut, par exception, être transcrite et versée au dossier lorsque la commission d'une infraction est présumée¹⁵.

Si l'on se réfère au cas d'espèce, les juges européens ont considéré que l'interception, l'enregistrement et la transcription de la conversation entre l'avocate et son client s'inscrivait dans le cadre de l'exception précitée. La Cour souligne, par ailleurs, qu'un « *avocat est particulièrement bien armé pour savoir où se trouvent les limites de la légalité et notamment pour réaliser le cas échéant que les propos qu'il tient à un client sont de nature à faire présumer qu'il a lui-même commis une infraction* ». Dès lors, comme le souligne la Cour, l'ingérence litigieuse n'est pas disproportionnée par rapport au but légitime poursuivi de « *défense de l'ordre* ». Cette solution semble à approuver puisqu'il est manifeste que les requérants avaient commis une infraction. Il est donc nécessaire de la réprimer et les écoutes téléphoniques légalement prévues n'en sont pas disproportionnées et apparaissent nécessaires à la révélation de l'infraction. Outre les critères de nécessité dans une société démocratique et de proportionnalité, la Cour EDH exige également une base légale servant de fondement à l'atteinte. L'analyse de ce dernier révèle néanmoins son insuffisance.

B – La légitimation jurisprudentielle des écoutes pratiquées

Les requérants estimaient que l'ingérence dans leur vie privée n'était pas prévue par la loi au sens de l'article 8 Conv. EDH. Il s'agit en effet du critère de la base légale¹⁶ utilisé par la Cour pour légitimer l'atteinte. Les écoutes téléphoniques constituent bien une atteinte à la vie privée puisqu'il s'agit d'une immixtion des services de police dans les conversations des individus¹⁷. Cette atteinte doit donc, par principe, être prévue par une loi accessible, prévisible et claire¹⁸. Elle doit être « *formulée de manière assez précise pour permettre aux personnes de prévoir à un degré raisonnable les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé*¹⁹ ». Il s'agit ici du rappel d'une exigence classique, la France ayant déjà été condamnée en raison du caractère trop imprécis du texte de loi²⁰.

¹³CEDH Handyside c. Royaume Uni, 7 décembre 1976, req n°5493/72. V. CEDH Soering c. Royaume Uni, 7 juillet 1989, req n°14038/88 ou CEDH Pruteanu c. Roumanie, 3 février 2015, req n°30181/05.

¹⁴PORTMANN (A), le secret de l'avocat n'est pas intangible selon la CEDH, D. actu, 17 juin 2016.

¹⁵Cass. crim, 8 novembre 2000, n° 00-83.570, D., 2002. 856.

¹⁶KILKELLY (U.), Le droit au respect de la vie privée et familiale. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Précis sur les droits de l'homme, Conseil de l'Europe, mars 2003.

¹⁷CEDH Malone c/ Royaume-Uni 2 août 1984, n°8691/79.

¹⁸*Ibid.*

¹⁹CEDH Andersson c/ Suède, 25 février 1992 §75, n°12963/87.

²⁰CEDH Kruslin et Huvig c/ France 24 avril 1990, n°11105/84 ou CEDH Valenzuela Contreras c/ Espagne 30 juillet 1998, n°58/1997/842/1048 §59.

En l'espèce, la Cour EDH combine l'apport jurisprudentiel de la Cour de cassation et la qualité particulière de la requérante. Elle constate en ce sens que la jurisprudence interne autorise la retranscription des écoutes d'un avocat quand le contenu de la conversation est de nature à faire présumer la participation de celui-ci à une infraction. En outre elle considère qu'en tant que professionnelle du droit, la requérante pouvait « *prévoir que révéler une information couverte par le secret professionnel l'exposerait à des poursuites* ». L'ingérence était donc prévue par la loi selon la Cour européenne. Par conséquent, celle-ci semble assouplir son exigence classique²¹ d'une base légale puisqu'en l'espèce c'est un fondement jurisprudentiel qui vient légitimer l'atteinte à la vie privée.

Néanmoins, cette position ne semble pas satisfaisante en raison du caractère fluctuant des solutions jurisprudentielles. En effet, elle ne garantit pas une réelle prévisibilité dans la mesure où un revirement jurisprudentiel peut intervenir à chaque saisine de la juridiction. Cela ne permet pas non plus de garantir la parfaite sécurité juridique que chacun est pourtant en mesure d'attendre concernant des procédés attentatoires à leur liberté. Ce seul fondement jurisprudentiel apparaît donc peu rassurant au titre de la garantie du droit au respect de la vie privée et du secret professionnel de l'avocat. Validant les écoutes téléphoniques portant atteinte au secret professionnel, la Cour EDH se contente de protéger le contenu de la conversation uniquement à l'égard du client de l'avocat.

II - La protection de la conversation dévolue aux droits de la défense du client

La Cour EDH exprime sa vision du secret professionnel et en précise la portée (A). Ce faisant, elle semble désacraliser la relation avocat-client (B).

A - Des précisions quant à la portée du secret professionnel de l'avocat

La Cour EDH apporte sa vision du secret professionnel en déclarant que ce dernier revêt une grande importance dans la relation entre l'avocat et son client mais également pour le bon fonctionnement de la justice. Elle précise que ce secret est un des principes fondamentaux sur lesquels l'organisation de la justice repose dans une société démocratique.

La définition de la loi française²² a fait l'objet d'une appréciation jurisprudentielle. Celle-ci définit le secret professionnel comme couvrant « *toutes les confidences que l'avocat peut recevoir à raison de son état ou de sa profession*²³ ». Les juridictions précisent qu'« *il couvre non seulement les renseignements reçus du client par un avocat, mais également ceux reçus à son propos et/ou à propos de tiers dans le cadre des affaires concernant ledit client*²⁴ ». Ce secret professionnel fait partie des trois secrets illimités dans le temps et existant dans l'Etat de droit français. Il est général et impersonnel comme le secret médical ou de la confession. Ces aspects du secret sont le socle de toute relation de confiance.

Hormis le cas où l'avocat est amené briser le secret professionnel pour se défendre contre son client, la protection du secret demeure absolue²⁵. La violation de ce dernier sera donc réprimée. Néanmoins, ce secret ne s'impose pas au client qui reste libre de divulguer les confidences faites à son conseil et de produire, pour l'exercice des droits de la défense, la correspondance entretenue avec son avocat²⁶. Toutefois, le secret professionnel de l'avocat est mis à mal dans certaines procédures, comme en l'espèce par des écoutes téléphoniques prononcées à l'encontre de l'avocat et de son client. Le procédé est susceptible de perturber le secret des confidences entre eux. Se pose alors la question de la force de la protection dont bénéficie ce secret client-avocat, au regard des autres secrets professionnels tels que le secret médical.

La Cour EDH ajoute que ce secret se décline avant tout en obligations à la charge des avocats et que c'est dans la mission de défense dont ils sont chargés qu'il trouve son fondement. La Cour recherche donc à responsabiliser avant tout l'avocat en faisant peser sur lui une obligation de respect de son secret. Elle protège ainsi le secret professionnel tout en exigeant en premier lieu de l'avocat lui-même qu'il le respecte. Néanmoins on semble assister à un affaiblissement du statut de ce dernier par une désacralisation de la relation client/avocat. La Cour EDH elle-même reconnaît que, malgré son aspect fondamental, ce secret n'est pas intangible.

²¹*Id.*, note 6.

²²Art. 226-13. C. Pén.

²³Cass. civ. 1^{ère}, 7 Juin 1983, n°82-14.469.

²⁴CASTELAIN (J.), le secret professionnel de l'avocat s'étend-il aux renseignements obtenus sur le client de l'avocat adverse ?, note sous CA Paris 30 Novembre 1994, D. 1996.311.

²⁵*Ibid.*

²⁶BONFILS (P.), GALLARDO (E.), Le secret des correspondances, *Rép. pén.*, Janvier 2016.

B - La désacralisation de la relation avocat-client

Le lien entre le client et son avocat est une relation de confiance particulière. Cette relation est encadrée en droit français par la loi du 31 décembre 1971²⁷. Cette disposition sert de fondement pour les revendications émanant des avocats. En effet, celui-ci relève d'une profession impliquant par essence une certaine liberté mais ne saurait s'abstenir de toute probité. Cette qualité est d'ailleurs exigée par son serment²⁸. C'est en raison de ce statut particulier qu'apparaît depuis quelques temps l'idée de désacraliser la profession en elle-même. En effet, après avoir été longtemps au-dessus de tous soupçons, les cabinets d'avocats font régulièrement l'objet de mesures d'actes d'enquête²⁹, comme en l'espèce, avec des écoutes téléphoniques. L'idée de désacralisation avait déjà pu être avancée au plus haut niveau de l'Etat par l'assurance qu'il n'était pas possible d'assurer l'impunité à un citoyen en vertu de sa profession³⁰. Néanmoins, l'avocat n'en est pas immunisé car il peut faire l'objet de poursuites judiciaires et disciplinaires. La critique ne porte pas sur la possibilité de poursuivre un avocat ayant commis une infraction. Toutefois, l'emploi de certaines techniques d'investigations comme les écoutes téléphoniques contrarie le principe du secret professionnel. Ce dernier constitue en effet une garantie des libertés individuelles et apparaît dès lors comme une règle fondamentale de la profession. Le dispositif des écoutes et la retranscription des propos témoignent ainsi d'un paradoxe entre la protection dont bénéficie l'avocat et les pouvoirs des autorités.

En effet, il est prévu par son statut que l'avocat doit pouvoir garder confidentiel le contenu de ses correspondances avec ses clients ainsi que les informations recueillies lors d'échanges avec un confrère qui portent généralement sur des affaires présentées devant la justice. Un devoir de conseil³¹ existe de la part du professionnel mais la relation client-avocat va plus loin car elle a une influence sur le présent et l'avenir et est animée par l'exercice des droits de la défense, puisque par les échanges, il est fait état de la stratégie de la défense, ou alors des révélations. C'est en cela que le respect des droits de la défense empêche l'atteinte au secret professionnel, mais y porte atteinte dans le même temps. De plus, la jurisprudence interne est explicite sur la question, considérant que si les propos écoutés relèvent de la stratégie de défense ils ne peuvent être retranscrits³². Toutefois, malgré l'absence de retranscription, l'atteinte existe puisque des enquêteurs ont entendu les propos qui, même non retranscrits, pourraient être utilisés pour orienter l'enquête, et la mise en œuvre d'autres techniques d'investigation.

A l'inverse du système procédural français, certains Etats, tels des pays scandinaves, conditionnent la procédure d'écoutes à tant de critères qu'il devient quasi-impossible de les mettre en œuvre. On accorde alors une importance toute particulière au respect de la vie privée et au secret professionnel perçus comme notions juridiques mais aussi comme valeurs morales³³. Il convient en France d'envisager un équilibre entre la relation de l'avocat avec son client face à une infraction et la volonté de ne pas atténuer davantage le statut de l'avocat.

B) Incidence de la qualification des faits sur la procédure pénale

L'association de malfaiteurs en matière terroriste, source d'une procédure dérogatoire au droit commun, note sous Cass. crim. 12 juillet 2016, n° 16-82.692.

Par Olivier BAHRI, Rémy CASTELLE, Hélène LEGRAND et Anne-Sophie RAVERDY

« La lutte contre le terrorisme est une question épineuse et si grave qu'elle a conduit le législateur à renforcer régulièrement son arsenal législatif pour l'adapter à un terrorisme protéiforme et imprévisible »³⁴. L'espèce commentée est en lien direct avec cette question délicate. Deux individus majeurs s'étaient rendus en Syrie pour rejoindre l'Etat islamique. Divers interceptions téléphoniques et clichés photographiques sans équivoque ont permis leur mise en examen pour association de malfaiteurs en vue de la préparation d'actes terroristes. Cependant, ceux-ci ont déclaré y avoir séjourné, mais nié toute participation aux actes. L'enquête fut alors close par le juge d'instruction, ce dernier estimant qu'aucun élément nouveau ne justifiait une mise en examen. Cette décision fit l'objet d'un réquisitoire supplétif de la part du procureur de la République du chef de participation à un groupement ou une

²⁷Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

²⁸Art.3 de la loi précitée.

²⁹DAMIAN-TISSOT (S.), LECADRE (R.), Ces avocats qui franchissent la ligne jaune, *Sang Froid*, n°1, 2016, p.27.

³⁰*Idem*.

³¹*Id.* Note 16.

³²Cass. crim. 15 Juin 2016 n° 15-86.043.

³³SIDIYA (A.), OURAHMANE (I.), SNOUCI (A.), Dossier du mois : écoutes téléphoniques et droits fondamentaux, *Le petit juriste*, 20 août 2014.

³⁴ BELFANTI (L.), « Juge d'instruction », *Rép.pén.*, octobre 2015.

entente terroriste ayant pour objet la préparation d'un ou plusieurs crimes d'atteintes aux personnes. L'arrêt pose ainsi la question de la caractérisation de l'infraction d'association de malfaiteurs en matière terroriste et interroge précisément celle de savoir si la qualification discutée en l'espèce n'est qu'un doublon de l'association de malfaiteurs de droit commun ou, au contraire, une infraction présentant certaines spécificités ? En conséquence, l'arrêt offre l'occasion de s'interroger sur les conséquences liées à cette caractérisation, notamment au regard de la mise en examen et du déroulement de l'instruction. La matière terroriste mettant gravement en péril l'ordre public, il est nécessaire d'adapter la prévention et l'efficacité de la répression, mais également d'avoir une appréciation plus souple de la part des juges tant des indices que de leur appréciation, afin que les poursuites soient rendues possibles. La chambre criminelle vient, par cette décision, affirmer le caractère indépendant de l'infraction d'association de malfaiteurs terroristes (I). Cette affirmation justifie la décision de la Haute juridiction quant à la décision du juge d'instruction en l'espèce (II).

I - L'affirmation d'une infraction indépendante

La chambre criminelle affirme l'indépendance de l'infraction d'association de malfaiteurs en matière terroriste (A). Cette affirmation n'est pas sans conséquence sur la mise en examen en l'espèce, notamment au regard du contexte terroriste (B).

A - L'association de malfaiteurs en matière terroriste, une infraction autonome et indépendante

L'arrêt commenté réalise un rapprochement entre l'association malfaiteurs en matière terroriste, et celle de droit commun. Cette proximité se manifeste par le fait que cette infraction est indépendante des actes commis auparavant³⁵. L'autonomie de cette infraction se révèle en droit commun, et en matière terroriste³⁶. Tout l'intérêt de l'arrêt repose sur cette indépendance vis-à-vis des crimes réalisés ou préparés par les membres de cette organisation. Cette autonomie a pour effet qu'il n'y a nul besoin de prouver les autres crimes. Il suffit de prouver l'association de malfaiteurs en elle-même. En droit commun, celle-ci sera caractérisée, non par la simple réunion d'individus ayant le dessein formé de commettre un crime, selon la Cour de cassation, mais par la concrétisation de plusieurs faits matériels, soit des actes préparatoires établissant l'entente criminelle. Il faut traditionnellement réunir un élément moral et un élément matériel, afin que l'infraction soit constituée. S'agissant de l'élément matériel, celui-ci est double. Il nécessite un groupement ou une entente et la préparation de crimes ou de délits. Le groupement ou entente doit avoir pour but de réaliser des crimes ou délits avec un objet terroriste. La loi réalise ici une répression plus précoce sur *l'iter criminis*. Cette répression anticipée se manifeste par la sanction des actes préparatoires, le but étant d'empêcher la réalisation d'actes terroristes avant qu'ils ne soient commis. L'élément matériel se concrétisera donc par la simple démonstration qu'il y a eu des actes préparatoires,³⁷ alors qu'habituellement le droit pénal ne réprime pas ces actes, afin de laisser une chance de repentir à celui préparant l'infraction. En l'espèce, l'acte préparatoire se manifeste par l'adhésion à un groupement terroriste³⁸, lequel se caractérise par la terreur qu'il souhaite instiguer à l'égard de la population³⁹. Cet élément est ambigu, dans le sens où il est à la fois matériel et moral. Dès lors que le groupe a l'intention d'instiguer ce sentiment à la population et qu'il l'exprime matériellement par la crainte qu'il inspire. Quant à l'élément moral, celui-ci se manifeste principalement par le fait que l'auteur de l'infraction doit avoir connaissance du caractère criminel du groupement ou de l'entente ayant un objet terroriste, et malgré cette connaissance, il décide de rejoindre l'organisation terroriste. Il en découle que l'association de malfaiteurs en matière terroriste nécessite un dol spécial. Celui-ci résulte du fait qu'il existe une volonté déterminée de nuire à une valeur sociale déterminée. En effet, l'auteur, outre la volonté d'agir à une fin criminelle, a une intention précise, un but précis à atteindre, soit la réalisation d'un acte terroriste visant à créer un climat d'épouvante dans la population. On va bien au-delà de la simple indifférence de l'agent, le mobile terroriste se traduit par une réaction d'hostilité⁴⁰. Le dol spécial caractérise l'association de malfaiteurs en matière terroriste. Sans celui-ci, il ne serait possible de retenir que l'infraction d'association de malfaiteurs de droit commun. Pourtant, le dol spécial est simple à démontrer, puisqu'on ne se retrouve pas par hasard dans un groupe terroriste. En effet, cette organisation est guidée par un mobile politique,

³⁵ BENELLI-DE BENAIZE (C.), « Association de malfaiteurs ou bande organisée : critère de l'organisation structurée », *Dalloz actu*, 31 août 2015.

³⁶ CULIOLI (M.) & GIOANNI (P.), « Association de malfaiteurs », *Rép. Pén., Dalloz*, septembre 2007 (actualisation octobre 2015).

³⁷ ALIX (J.), « Réprimer la participation au terrorisme », *RSC* 2014. 849.

³⁸ MAYAUD (Y.), « Terrorisme », *Rép.pén. Dalloz*, février 2015.

³⁹ ANDRE (A.), « Cacophonie autour de la qualification d'acte de terrorisme », *Dalloz actu*, 2 février 2017.

⁴⁰ BOULOC (B.), *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 2011, 22^e édition, p249.

dont elle fera la propagande, ainsi que des modes d'actions radicales, dont tout membre sera conscient, en raison du caractère manifestement extrême.

Il en découle que la qualification d'association de malfaiteurs justifie la mise en examen, car les actes préparatoires caractérisant cette infraction se manifestent par la participation à une organisation terroriste démontrée par des indices graves et concordants.

B - Une qualification terroriste justifiant la mise en examen

En vertu de l'article 80-1 du code de procédure pénale, le juge d'instruction peut procéder à la mise en examen d'individus dès lors qu'existent à leur encontre des indices graves ou concordants d'avoir commis une infraction. En l'espèce, ces derniers sont les mêmes qui ont permis de qualifier les faits d'association de malfaiteurs en matière terroriste. Cependant, pour faire échec à la mise en examen supplétive demandée par le parquet, le juge d'instruction, dont la décision fut *a posteriori* validée par l'arrêt attaqué, souligna « *l'absence d'élément nouveau survenu depuis la mise en examen initiale* » nécessaire à un changement de qualification. S'est alors posée la question de savoir si une mise en examen nouvelle est liée à l'existence de faits nouveaux. Si l'on se réfère *stricto sensu* à la lettre du texte, l'article 80-1 du code de procédure pénale ne prévoit nullement cette condition. Or, comme le souligne l'adage « *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* », les juges ne peuvent ajouter une condition à la loi là où le législateur est resté muet⁴¹. Par conséquent, ces derniers ne pouvaient se prévaloir de l'absence d'élément nouveau pour déduire l'absence d'indices graves ou concordants nécessaires à une nouvelle mise en examen⁴². Les mêmes faits étaient effectivement visés en l'espèce, tant lors de la mise en examen initiale, que lors du réquisitoire supplétif. Ils auraient dû être requalifiés par les juges d'instruction en cas d'erreur de qualification, auquel cas un réquisitoire supplétif n'était pas nécessaire, selon les termes de la loi⁴³. En effet, l'article 80 du code de procédure pénale dispose que lorsque des faits non visés au réquisitoire sont portés à la connaissance du juge d'instruction, celui-ci doit les communiquer au procureur de la République⁴⁴. Celui-ci devra le saisir d'un réquisitoire supplétif, le laissant alors libre de requalifier les faits dont il a été saisi⁴⁵. Bien qu'il soit nécessaire en présence de faits nouveaux, le réquisitoire supplétif est inutile dans le cas inverse, comme c'est le cas en l'espèce. Ces similitudes observées entre les mises en examen initiales et supplétives sont loin d'être anecdotiques. Confrontée au risque terroriste, la procédure gagne ainsi en souplesse, ce qui lui permet de s'adapter à des difficultés nouvelles. Le contexte terroriste vient donc guider la mise en examen, au regard de la gravité des faits, ce qui va avoir des conséquences sur l'instruction menée en l'espèce.

II - Les conséquences de cette affirmation sur l'instruction

L'association de malfaiteurs étant indépendante des infractions envisagées ou déjà réalisées, la position adoptée par le juge d'instruction encourt facilement la censure (A). Toutefois, le risque encouru par la société justifie la censure par la Haute juridiction, en ce que la protection de l'ordre public doit primer sur celle des libertés individuelles (B).

A - La décision du juge d'instruction censurée par la Haute juridiction

La Cour de cassation censure la position du juge d'instruction qui avait procédé à une clôture de la mise en examen par une fin d'information. Ce dernier estimait qu'il pouvait y être mis fin uniquement au regard des éléments fournis par les individus mis en cause. Toutefois, ces éléments constituent des indices concordants⁴⁶ avec la participation à une entreprise terroriste, en ce qu'ils s'accordent sans équivoque avec un tel contexte. Or, le juge d'instruction a pour mission de concourir à la manifestation de la vérité⁴⁷. C'est la raison pour laquelle il est investi de pouvoirs importants⁴⁸. Ainsi, il doit vérifier soigneusement les allégations formulées par les personnes poursuivies, ne rien prendre pour évidence et toujours cultiver le doute⁴⁹. En l'espèce, la position adoptée par le juge d'instruction a pour but de préserver les libertés des individus. Mais, cette volonté de préserver les libertés sur la sécurité est critiquable, car il

⁴¹ ANDRE (A.), Acte de terrorisme : glissement d'une qualification pénale à une autre, *Dalloz Actu*, 31 août 2016.

⁴² <http://www.village-justice.com/articles/Strategies-contestation-mise,17815.html>, consulté le 07.02.2017.

⁴³ Crim. 18 mars. 2014, n° 13-87.758.

⁴⁴ Crim. 23 nov. 1967, n° 66-93.733, Bull. crim. n° 303 ; Crim. 12 févr. 1969, n° 67-93.533, Bull. crim. n° 69 ; RSC 1969. 888, obs. J.-M. Robert.

⁴⁵ Crim. 13 mars 1984, n° 84-90.218, Bull. crim. n° 107.

⁴⁶ C. pr. pen., art.80-1.

⁴⁷ Paris, 27 juin 1967, *JCP* 1968. II. 15337. - Crim. 23 nov. 1965, Bull. crim. no 246.

⁴⁸ BELFANTI (L.), « Juge d'instruction », *Rép. pén.* janvier 2016.

⁴⁹ GUERY (C.), « Instruction préparatoire », *Rép. pén.* juin 2016.

semble que ce dernier raisonne en termes de droit commun, alors qu'il devrait raisonner au regard des règles dérogatoires, en raison du contexte terroriste et de la concordance des indices rapportés dans celui-ci. Il est alors évident que la chambre criminelle censure cette position, puisqu'il n'y a qu'une instruction à décharge sur les simples déclarations des individus. Le juge d'instruction s'écarte des indices qui lui sont soumis alors qu'il doit rechercher des éléments de preuves d'innocence, mais également de culpabilité de la personne mise en cause. A ce titre, il doit trouver un équilibre entre le respect des libertés et le maintien de la sécurité. Or, face à de tels indices, il ne peut se permettre de mettre fin à l'instruction. Au contraire, cela aurait dû justifier la continuité de l'instruction. La censure est donc inévitable, car le juge ne remplit pas correctement ses missions d'instruction à charge et à décharge⁵⁰, alors que la situation est d'une particulière gravité puisqu'il s'agit de terrorisme. Cela est donc contraire à la manifestation de la vérité. De plus, le juge d'instruction est le coordinateur des recherches et le propre artisan de son dossier, ce qui a pour conséquence qu'il doit procéder par lui-même⁵¹. Cela implique de sa part une particulière vigilance, notamment au regard du contexte terroriste, mais également une instruction plus rigoureuse et développée qu'en droit commun. Le rôle du juge d'instruction étant fondamental dans la mise en examen, il est important qu'il instruisse à charge et à décharge, et ne se fonde pas sur des éléments purement déclaratifs, qui paraissent trop légers. La protection des libertés doit se justifier face à la protection de l'ordre public. Or, en matière de terrorisme, la protection de l'ordre public doit être accrue. La Haute juridiction veille donc au respect de cette protection et n'admet pas une trop faible instruction. C'est pourquoi, au regard de la nature de l'infraction, elle opte pour une position qui protège davantage l'ordre public, au détriment des libertés. La Cour de cassation va privilégier la préservation de l'ordre public en confirmant l'autonomie de l'infraction d'association de malfaiteurs, parfaitement caractérisée en l'espèce.

B - Une censure motivée par l'impératif de sauvegarde de l'ordre public

La Haute juridiction, en affirmant qu'il n'est nullement besoin qu'un nouvel élément soit versé à l'enquête pour justifier d'une mise en examen terroriste, adopte une position sévère. Cependant, cette position est une application du droit commun. En effet, la participation à une entreprise terroriste est l'une des atteintes les plus graves causées à la société, car elle la touche dans ses valeurs les plus fondamentales⁵². Il ressort de l'arrêt que, la gravité des actes terroristes envisagés suffit à justifier la mise en examen. La décision de l'arrêt commenté fait écho à la solution retenue par la Cour de cassation en 1986⁵³. La sévérité de la qualification retenue par les juges en l'espèce est justifiée par la gravité de l'impact des actions terroristes menées sur le territoire français et donc, par extension, par le trouble causé à l'ordre public. Cette sévérité des juges, exprime une volonté de répression précoce. Cela s'explique par le fait que la justice pénale souhaite réprimer avant tout un comportement, une attitude, plutôt que des actes. En effet, cela se justifie en matière terroriste par le souhait d'éviter que des actes terroristes soient perpétrés. Finalement, on réprime ici le risque terroriste encouru par la société, lequel alimente le sentiment d'insécurité⁵⁴. En définitive, ce risque peut se définir comme la probabilité qu'un attentat terroriste soit commis sur le sol français⁵⁵. Ainsi, ce que la juridiction pénale sanctionne ici, ce ne sont plus les actes perpétrés par l'association de malfaiteurs terroriste, mais bel et bien un risque. Cette notion de risque qui est sous-tendue dans la réflexion des juges de la Cour de cassation, permet d'affirmer que ce qui est poursuivi en l'espèce est l'association malfaiteurs terroriste en ce qu'elle est une infraction grave contre les biens (destructions, dégradation..), les personnes (atteinte à la vie, détournement de transport..), la sûreté de l'Etat (groupe de combat..) ou encore l'environnement⁵⁶. La répression anticipée de l'association de malfaiteurs terroriste est donc fondamentale en droit pénal, en ce qu'elle contient une particularité que d'autres infractions ne présentent pas : les auteurs poursuivent ici le but de répandre l'intimidation et la terreur dans toute société civilisée⁵⁷. L'intensité de cette répression précoce tend finalement à étouffer l'acte terroriste à l'aune des premières manifestations du passage à l'acte, pour peu que ces dernières soient suffisamment caractérisées. De plus, cette sévérité se ressent d'une part, par le biais de la qualification pénale retenue, et d'autre part, par les peines qui en découlent. Il ressort de l'arrêt que la rigidité du raisonnement opéré par les juges de la Cour de cassation repose en grande partie, si ce n'est exclusivement, sur le risque qui est encouru par la société⁵⁸. Ce

⁵⁰ Cass., Crim., 4 décembre 1996, n° 96-80.558.

⁵¹ GUERY (C.), « Manière de procéder du juge d'instruction », *Rép. pén.* 2015.

⁵² MARGUENAUD (J-P.), « la qualification pénale des actes de terrorisme », *RSC*, 1990.

⁵³ Cass. Crim., 22 janvier 1986, n°85-92.620.

⁵⁴ MAYAUD (Y.), « Le crime terroriste de participation à une association de malfaiteurs : une aggravation révélée dans sa juste portée », *AJ pénal* 2016. 526

⁵⁵ MASSE (M.), « La criminalité terroriste », *RSC* 2012. 89

⁵⁶ *idem*.

⁵⁷ LAVRIC (S.), « Législation anti-terroriste : spécificités et justifications », *Dalloz actu*, 5 octobre 2009.

⁵⁸ Cass. Crim., 7 octobre 2016, n°16-84.597, *AJ Pénal* 2016. 526, note Y. Mayaud.

raisonnement, très objectif relève une volonté de faire primer la protection des libertés fondamentales sur les libertés individuelles. En matière d'association de malfaiteurs terroriste, la protection de la société doit primer sur celle des libertés de tout un chacun⁵⁹. A l'avenir, cette rigueur de la Haute juridiction ne devrait cesser de croître, eu égard à l'évolution des actes terroristes qui se font toujours plus graves et plus organisés, atteignant toujours davantage l'ordre public.

II) Procédure pénale et Droits de la défense

A) Constitutionnalité du régime juridique de la garde à vue

Un principe de cohérence dans l'ombre du droit au silence, note sous Cons. const., Décision n° 2016-594 QPC du 4 novembre 2016.

Par Chloé DEHAY, Charles-Antoine DUBOIS, Pierre-Élie GUYON et Lysa LARGERON

« *Nul n'est censé s'accuser* ». Cette affirmation a régulièrement été rappelée par le Conseil constitutionnel⁶⁰ notamment dans le cadre de questions prioritaires de constitutionnalité en matière de garde à vue notamment⁶¹. Elle s'intègre dans une jurisprudence n'ayant de cesse de préserver les droits des justiciables, que la décision commentée en date du 4 novembre 2016 illustre.

Une QPC est de nouveau soulevée relativement à la conformité aux droits et libertés que la constitution garantit de l'art. 153 du code de procédure pénale dans le cadre d'une garde-à-vue. Il était soutenu que l'obligation de prêter serment au cours d'une enquête pénale, lorsqu'elle est imposée à une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction, méconnaît le droit de se taire et celui de ne pas participer à sa propre incrimination. Elle contestait ainsi la seconde phrase du dernier alinéa de l'art. 153 C. pr. pén. qui prévoit que le fait qu'une personne gardée à vue dans le cadre d'une commission rogatoire ait été entendue après avoir prêté le serment prévu pour les témoins ne constitue pas une cause de nullité de procédure.

En premier lieu, le Conseil constitutionnel a jugé que le droit de se taire est protégé par l'art. 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 posant le principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser. Le Conseil constitutionnel a ensuite relevé que le fait de faire prêter serment de « dire toute la vérité, rien que la vérité » lors d'une garde à vue dans le cadre d'une commission rogatoire est de nature à laisser croire à la personne qu'elle ne dispose pas du droit de se taire, voire contredire l'information qu'elle a reçue concernant ce droit. Ce qui est donc naturellement susceptible de porter atteinte au droit de se taire de la personne soupçonnée. Par conséquent, le juge constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution la seconde phrase de l'alinéa 3 de l'art. 153 C. pr. pén. dans sa rédaction issue de la loi du 9 mars 2004⁶².

Malgré une décision apparaissant comme justifiée, il convient de s'interroger sur sa pertinence au regard des principes directeurs de la procédure pénale. A l'aune de ces derniers, des insuffisances persistent et rendent nécessaire l'affirmation d'un principe de cohérence. Ainsi, au-delà de l'analyse de la censure d'un texte imprécis en raison d'un contre-sens rédactionnel (I), il s'agira de relever que la pertinence des décisions du juge constitutionnel s'avérerait accrue par l'affirmation opportune d'un principe de cohérence (II).

I - La censure d'un contre-sens rédactionnel.

Le droit au procès équitable est l'un des principes directeurs du droit pénal. La décision du Conseil constitutionnel rend son sens à l'art. 153 du C. pr. pén. (B) en se fondant sur le droit pour le justiciable de ne pas s'auto-incriminer et de garder le silence (A).

A - La sanction motivée par le droit au procès équitable

Le procès ne peut être dit équitable si la personne n'a pu, durant sa garde à vue, garder le silence et ne pas s'auto-incriminer. En droit français, cette affirmation tire son fondement directement de l'art. 9 de la Déclaration des droits

⁵⁹ BARBIER (G.), « La lutte contre le terrorisme du point de vue du juge de cassation : défis et perspectives », *Constitutions* 2015.211.

⁶⁰ Cons. const., n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, JO 10 mars 2004, p. 4637.

⁶¹ Cons. const. n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, JO 31 juillet 2010.14198 ; LAVRIC (S.), QPC : censure du régime de droit commun de la garde à vue, *Dalloz actu*, 30 août 2010. - GIUDICELLI (A.), Le Conseil constitutionnel et la garde à vue : « *puisque ces mystères nous dépassent, feignons d'en être l'organisateur* », *RSC*, 2011. 139.

⁶² Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JO 10 mars 2004 p. 4767.

de l'homme de 1789 ainsi que le rappelle le Conseil constitutionnel. De manière constante, il a été rappelé par cette juridiction que « nul n'est tenu de s'accuser »⁶³. Cette notion est centrale pour rendre effectif la procédure pénale et par suite garantir l'équité du procès. Cela fut consacré par la Cour EDH dans l'arrêt *Funke* qui rappelle l'art. 6 de la Conv. EDH⁶⁴. De cette décision, la Cour EDH, a pu, en rappelant des principes internationalement reconnus, bâtir une jurisprudence désormais constante⁶⁵. Cette solution semble par ailleurs très bien appliquée dans la pratique judiciaire française⁶⁶.

En conséquence, la seconde phrase du dernier alinéa de l'art. 153 C. pr. pén. ne pouvait qu'être déclarée contraire à la Constitution. Il en résultait en effet un non-sens rédactionnel qui empêchait tout droit au procès équitable. En opérant ainsi, le Conseil constitutionnel hisse le droit de se taire au rang des principes présentant une valeur constitutionnelle. Il n'en reste pas moins que le serment impliquant de dire la vérité, demandé au justiciable, demeure dans la procédure. Cela a pour effet de compliquer la relation entre le droit de se taire et l'efficacité nécessaire dans le cadre de l'enquête. En effet, l'équilibre légal est complexe à trouver. La solution états-unienne des années 1960 apparaît alors plus simple et pourrait être celle appliquée en France. Outre-Atlantique l'on concilie, d'une part, la nécessité pour l'enquêteur de rechercher la vérité et, d'autre part, pour le justiciable le droit à tout moment de faire valoir son droit de se taire⁶⁷.

Dans son contrôle *a priori*, à l'occasion de sa décision rendue en 2004, le Conseil constitutionnel aurait pu déclarer cette disposition non conforme au principe du droit au procès équitable. Cela aurait permis une réelle simplification de la procédure en garantissant de manière effective le droit au procès équitable, de manière à gagner à la fois en efficacité et en rapidité. Il est d'ailleurs dommage de constater que cette disposition ne fut retirée qu'après douze années d'application. Ceci démontre le besoin d'une recherche de cohérence par ces juges.

B - La sanction de l'absence de cohérence.

La décision commentée remet en adéquation l'art. 153 C. pr. pén. avec lui-même et avec les principes évoqués précédemment. Certes, nul n'est censé ignorer la loi mais tout un chacun est censé d'abord pouvoir la comprendre. Si le justiciable ne peut évidemment toujours déceler la subtilité d'un texte, ce dernier se doit être *a minima* clair pour un juriste. Pour ce faire, la lettre des textes ne doit pas se contredire. En revanche, si la loi oblige à dire la vérité tout en conférant dans le même temps au justiciable le droit au silence, celui-ci se retrouve pris entre l'enclume et le marteau.

A ce titre, la notion de silence peut recouvrir, en droit, des significations différentes. Si en matière administrative, le principe, reconnu depuis peu et sujet à controverse⁶⁸, du " silence valant acceptation " - sauf exceptions -, en droit pénal le silence constitue un droit qui ne saurait *a priori* tolérer d'exception. Toutefois, connaît-il quelques restrictions⁶⁹ et devient même très relatif lorsqu'il se heurte au serment. Étymologiquement, " silence " signifie simplement se taire⁷⁰, tandis que le serment est uniquement le fait de faire une promesse solennelle. Cependant, le droit de se taire à l'art. 153 C. pr. pén. tel qu'issu de la loi de 2004 n'était pas compatible avec le serment que le même texte demandait par ailleurs à savoir de dire toute la vérité. Le silence faisait alors ombrage au droit de se taire en auto-incriminant le taciturne⁷¹. La cohérence de la procédure pénale n'en est alors que des plus relatives puisque ce qui est demandé à la personne est objectivement impossible.

⁶³ Cons. const. n° 2004-492 DC, 9 mars 2004. - Cons. const. n° 2010-25 QPC, 16 sept. 2010. - Cons. const. n° 2011-214, 27 janv. 2012. - C. const. n° 2014-416 QPC, 26 sept. 2014.

⁶⁴ CEDH, req. n° 10588/83, *Funke c/ France*, 25 fév. 1993.

⁶⁵ CEDH, n° 19189/91, *Saunders c/ Royaume-Uni*, 17 dec. 1996.- CEDH, n° 18731/91, *Murray c/ Royaume-Uni*, 8 fév. 1996. - CEDH, req. n° 82/1996/671/893.

⁶⁶ C. cass. crim., 6 janv. 1923. - C. cass. crim., 14 mai 2002, n° 02-80721, Bull. crim. 2002, n° 111 p. 372. - C. cass. crim., 1er oct. 2008, n° 08-81338, Bull. crim. 2008 n° 201 ; FINIELZ (R.), Motivation des jugements et arrêts - Illicéité des motifs, *RSC* 2009. 412.

⁶⁷ Dans une décision symbolique la justice américaine reconnaît que « *If the individual indicates in any manner, at any time prior to or during questioning, that wishes to remain silent, the interrogation must cease* », *Miranda vs. Arizona*, 384, U.S. 436, June 13, 1966., bien que par la suite ce grand principe soit constellé d'exceptions notables ; *Colorado v. Connelly*, 479, U.S., December 10, 1986. - *Arizona v. Mauro*, 107 S. Ct. 1931 (1987). - *Duckworth v. Eagan*, 492, U.S., June 26, 1989. - V. PRADEL (J.), *Droit pénal comparé*, Dalloz, 4^e éd., 2016, § 793.

⁶⁸ Suite à la loi n° 2013-1005, du 12 nov. 2013, *habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens*, JORF, n° 0263, 13 nov. 2013, p. 18407 ; BRACONNIER (S.) *et alii*. Le silence de l'Administration vaudra acceptation. Big Bang ou trou noir juridique, *JCP G* 2013. 1324.- SEILLER (B.), Quand les exceptions infirment [heureusement] la règle : le sens du silence de l'administration, *RFDA*, 2014. 35.

⁶⁹ Obligations de certains professionnels, cas d'infractions, dans le cadre d'un manquement ou du secret professionnel.

⁷⁰ LITRE (E.), *Dictionnaire de la langue française*, Tome 4, Littré, Paris, 1973-1974, p. 1941.

⁷¹ « *silens* » pouvant se traduire par ombre ; GAFFIOT (F.), *Le Gaffiot dictionnaire latin-français*, éd. Hachette Éducation, juillet 2000, p. 1441.

C'est ainsi en toute logique que le Conseil constitutionnel a rendu de la cohérence au texte en deux étapes. D'une part, il fallait pointer cette contradiction et expliquer que « *faire ainsi prêter serment [à une personne] peut être de nature à laisser croire qu'elle ne dispose pas du droit de se taire* » et contredit l'information reçue. Une fois cela établi, il met en corrélation le droit de se taire avec le principe selon lequel nul n'est tenu de s'auto-incriminer.

D'autre part, en déclarant la dernière phrase de l'art. 153 C. pr. pén. contraire à la Constitution en raison de l'incohérence qui se dégageait de l'ensemble de ce même texte, le juge constitutionnel pose les bases d'un nouveau principe devant transcender toute œuvre normative. Cependant, bien que l'impératif de cohérence apparaît comme une notion essentielle aux yeux du Conseil constitutionnel dans la présente décision, ce dernier ne l'élève pas encore, à regret, au rang des principes juridiques les plus fondamentaux.

II - L'insuffisance de la décision : l'absence d'affirmation d'un principe de cohérence.

Une correction législative s'avérait nécessaire au regard de la constitutionnalité des textes (A), mais le caractère purement symbolique de la décision constitue le regret essentiel (B). En effet, le Conseil constitutionnel aurait gagné à affirmer un principe de cohérence afin d'assurer une plus grande efficacité à la procédure pénale.

A - Une correction législative nécessaire.

L'objectif même de la procédure pénale est de parvenir à un juste équilibre entre deux objectifs pourtant contradictoires, celui de répondre à un principe directeur d'efficacité⁷² devant garantir l'ordre public, tout en protégeant les libertés individuelles. Pour y répondre, l'affirmation par le Conseil constitutionnel d'un principe de cohérence apparaîtrait judicieuse afin de garantir cet équilibre tout en conférant davantage d'envergure à l'ensemble de sa jurisprudence⁷³. L'existence d'un principe de cohérence doit pouvoir trouver appui sur deux fondements.

D'une part, le principe de cohérence trouve son fondement dans celui de la légalité des délits et des peines⁷⁴ impliquant que la loi soit claire⁷⁵, précise⁷⁶ et d'interprétation stricte⁷⁷ contribuant à l'intelligibilité de la loi pénale⁷⁸. En somme, ce principe commande que chacun puisse faire le partage entre le permis et l'interdit afin de connaître les conditions dans lequel il peut être sanctionné, poursuivi et jugé⁷⁹. Au regard des faits de l'espèce ayant conduit à la censure de l'art. 153 al. 3. C. pr. pén. par le Conseil constitutionnel, l'exigence d'une cohérence dans l'élaboration de la norme pénale aurait pu permettre, outre la clarté et l'intelligibilité de la loi pénale, d'endiguer le risque d'erreurs judiciaires⁸⁰. En effet, la procédure de garde à vue est principalement fondée sur l'aveu et le témoignage, ces modes de preuve ne sont cependant pas suffisants pour parvenir à une découverte objective de la vérité.

D'autre part, le modèle procédural français doit tendre vers plus de cohérence en vertu du droit au procès équitable⁸¹. L'exigence de cohérence doit donc être imposée et trouver une assise suffisante au regard des droits de la défense afin que l'accusé ne devienne pas « victime » d'un processus déloyal. Au regard des faits de l'espèce, il était nécessaire d'éviter à la personne soupçonnée de faire l'objet d'une décision paradoxale. Ce principe de cohérence doit pouvoir être mis en œuvre sans pour autant desservir la recherche de la vérité judiciaire. A défaut de quoi la correction législative opérée n'apparaît que symbolique.

B - Une correction législative purement symbolique

La portée limitée de la décision provient en grande partie d'un texte qui n'était déjà plus en vigueur, si le Conseil constitutionnel avait eu le courage d'affirmer un principe de cohérence cela aurait pu avoir un impact plus grand sur la procédure pénale, voire sur l'ensemble du droit. C'est-à-dire une cohérence à la fois de l'ensemble du code de

⁷² On se rapproche ici de l'idée d'un principe d'efficacité évoquée par le Professeur Jean PRADEL, *Procédure pénale*, CUJAS, 18^e éd., 2015, §380, p. 308.

⁷³ L'idée de la cohérence est évoquée par ailleurs pour l'unification de la procédure pénale européenne, l'apparition d'un témoin initialement, V. ; SCHENIQUE (L.), *L'Europe, nouvel acteur de la justice pénale française*, RPDP n° 1 - janv. / mars 2015, p. 81.

⁷⁴ BECCARIA (C.) « *Nulla crimen, nulla poena sine lege* ».

⁷⁵ « *les détails superflus dans les autres lois sont indispensables dans les lois criminelles* », DE SERVAN, (J.-M.-A.), *Œuvres choisies*, P.J. Collardin, Liège, 1819, p. 43.

⁷⁶ « *En matière criminelle, il faut des lois précises et point de jurisprudence* », PORTALIS (J.-E.-M.), *Discours préliminaire du Code civil*, 1804.

⁷⁷ BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, Payot & Rivages, 2014, §4, p. 57.

⁷⁸ Cons. const., n° 99-421 DC, 16 déc. 1999, JO 21 mars 1999, p.4197 ; n°2006-540 DC, 27 juill. 2006, JO 3 août 2006, p. 11541.

⁷⁹ MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, PUF, 2015, 5^e éd.

⁸⁰ PORTELLI (S.), *L'interrogatoire en question*, D., 2002. 1764.

⁸¹ Conv. EDH, art. 6§1.

procédure pénale français mais aussi des règles européennes⁸² et internationales⁸³. Effectivement, le juge constitutionnel est aujourd'hui concerné par l'internationalisation de principes guidant la matière. Or, en refusant de contrôler la « conventionalité » des lois internes, il s'est privé d'une fonction de régulation et d'harmonisation. Certes, le Conseil constitutionnel a pris les mesures qui s'imposaient en corrigeant une incohérence textuelle, néanmoins la portée n'en demeure que relative. L'analyse de l'application de cette décision dans le temps montre l'empressement des sages du Conseil constitutionnel à abroger l'alinéa litigieux de l'art. 153 C. pr. pén. puisque les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité ne sont pas reportés et interviennent « *à compter de la date de la publication de la présente décision* »⁸⁴, ce qui révèle d'autant l'importante lacune de ce texte qui se devait d'être impérativement corrigé⁸⁵.

Quoi qu'il en soit, au regard de la pratique, malgré l'affirmation du droit au silence lors d'une audition en garde à vue, garantie à peine de nullité depuis la nouvelle rédaction du texte, l'accusé reste confronté à un impossible droit de se taire. L'autorité judiciaire pouvant faire pression sur le gardé à vue afin de l'inciter à parler, son silence pouvant lui être préjudiciable. Cependant, cet usage est légitimé au regard de l'objectif même d'une audition conçue pour recueillir les déclarations d'un témoin, de la partie civile, de la personne soupçonnée ou d'un témoin assisté, permettant effectivement de concourir à la découverte de la vérité. Par conséquent, le maintien de la procédure de l'audition dans notre droit, perd en pertinence si des principes fondamentaux tels que le droit de se taire et de ne pas d'auto-incriminer viennent entraver l'objectif même de cet outil procédural. D'où la nécessité d'insuffler un principe de cohérence au sein de la procédure pénale.

Il en résulte alors qu'un principe de cohérence appliqué à l'ensemble des principes fondamentaux devrait être affirmé avec force, afin de rendre des décisions plus pertinentes et possédant un caractère moins symbolique. Ce principe est central car il guide tous les principes fondamentaux de la procédure pénale, l'affirmer permettrait alors de faciliter la résolution des contentieux pénaux de manière beaucoup plus intelligible. A l'image de l'insertion de pans entiers de procédures dérogatoires en matière de garde-à-vue, de perquisitions dans le domaine du terrorisme et de grande criminalité, nuisant par conséquent à l'objectif de clarté recherché.

B) Contentieux de la détention provisoire

Le contournement du principe de comparution personnelle lors du débat contradictoire, note sous Cass. Crim.5 octobre 2016, n°16-84.629.

Par Adrien LINGLET, Maxime COUTOULY, Charles PERET et Maxime POREAU

La comparution personnelle de l'intéressé est un principe inhérent au droit à un procès équitable. L'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 5 octobre 2016 traite pourtant question des conditions permettant au Juge des libertés et de la détention (JLD) de passer outre ce principe lors de l'audience de placement en détention provisoire.

En l'espèce, le JLD requiert la présence du mis en examen afin de statuer sur son éventuel placement en détention provisoire. A la demande de l'intéressé, le débat a été différé pour préparer sa défense. La personne est alors placée en détention provisoire selon les dispositions de l'article 145 alinéa 8 C.pr.pén.

A la fin du délai légal, le JLD adresse une réquisition à l'autorité en charge des extractions afin que lui soit présenté l'individu pour débat contradictoire. Celle-ci répond qu'elle ne dispose pas d'effectif mobilisable pour ce jour. C'est donc face à des « *circonstances insurmontables* » ne permettant pas la comparution de l'intéressé que le JLD ordonne le placement en détention provisoire en l'absence de la présence de l'intéressé. La question de savoir si le dysfonctionnement dans l'organisation interne du service de la justice peut-il suffire afin de caractériser l'existence de circonstances insurmontables justifiant l'absence du mis en examen lors de l'audience de placement en détention provisoire.

La Cour de cassation rejette le pourvoi formé par le Procureur général. Elle estime que l'absence du mis en examen lors du débat contradictoire, précédant l'ordonnance de placement en détention provisoire, ne peut se concevoir qu'en cas de circonstances imprévisibles et insurmontables extérieures au service de la justice et non en raison d'un simple dysfonctionnement interne des services de la justice. Par cet arrêt, la cour de cassation rappelle l'importance

⁸² *Id.*, art. 6§1 et 6§3.

⁸³ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 déc. 1966, art. 14§3.

⁸⁴ C. const., n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, JO 10 mars 2004, §10.

⁸⁵ C. const., n°2012-240 DC, 4 mai 2012, JO, 5 mai 2012, p. 8015 : *l'infraction harcèlement sexuel n'étant pas clairement définie il s'en est suivie une abrogation immédiate du texte.*

primordiale de la comparution personnelle de la personne mise en examen lors d'un débat contradictoire (I). Cette position est mise en lumière par une interprétation restrictive des exceptions à cette comparution (II).

I - L'importance du principe de comparution personnelle lors du débat contradictoire

Le bon déroulement du procès judiciaire se façonne dans le respect de nombreux principes parmi lesquels la nécessité de la présence du mis en examen (A) ainsi que l'exigence d'un débat contradictoire, principe faisant l'objet d'une appréciation relative des juges du fond (B).

A - La nécessité de la présence du mis en examen au regard des droits de la défense

L'adage «*Audiatur et altera pars*» littéralement « entendre l'autre », illustre un des principes fondamentaux du procès pénal, celui du débat contradictoire. C'est un principe multidisciplinaire qui concerne autant la matière civile, administrative que pénale.

Le principe du contradictoire est à rapprocher des droits de la défense et plus spécifiquement du principe de l'égalité des armes, consacré par l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH). En droit français, il se retrouve à l'article 16 du code de procédure civile et à l'article 5 du code de déontologie de l'avocat, mais surtout à l'article préliminaire du code de procédure pénale.

La Cour de cassation, le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel ou encore la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) n'ont pas manqué d'insister sur le respect de ce principe. Par exemple à l'occasion d'un arrêt « *Michael contre Royaume Uni* »⁸⁶ ou encore d'un arrêt « *Mélin contre France* »⁸⁷. A cet effet, le droit au débat contradictoire a été consacré comme principe général du droit à l'occasion d'un arrêt « *Dame veuve Trompier Gravier* »⁸⁸ rendue par le Conseil d'État, et s'est même vu conférer une valeur constitutionnelle par un arrêt⁸⁹ rendue par le conseil des sages.

Ce principe qui s'applique à toutes les phases de la procédure, signifie que toute personne peut discuter l'énoncé des faits, des observations, des preuves, et des moyens juridiques que ses adversaires lui opposeront. Pour cela, l'article 6 paragraphe 1 de la CESDH exige que les autorités de poursuite communiquent à la défense toutes les preuves pertinentes en leur possession à charge comme à décharge.

Enfin, bien que ce principe tende à assurer la défense d'un individu, sa comparution personnelle est tout aussi importante.

La comparution personnelle de l'individu permettra pour l'individu une transparence de son procès, mais aussi pour le juge, la possibilité d'obtenir des déclarations importantes telles que des aveux. À ce titre, cette comparution personnelle est un principe directeur du procès pénal.

La CEDH a notamment rappelé à l'occasion d'un arrêt « *Poitrinol contre France* »⁹⁰ l'importance du droit à comparaître personnellement notamment en considérant qu'il y avait pour les états « une obligation positive d'assurer la comparution personnelle de l'accusé à son procès »

Cette considération trouve racine en droit français notamment à l'article 145 alinéa 6 du code de procédure pénale qui dispose « *Le juge des libertés et de la détention statue après un débat contradictoire au cours duquel il entend (...) les observations de la personne mise en examen* »

Néanmoins, il est de rares circonstances dans lesquels l'absence de l'intéressé ne troublera pas le bon déroulement du procès pénal.

B - L'appréciation relative du caractère contradictoire

Le JLD considère que l'absence de moyens mobilisables apparaît suffisante pour caractériser des circonstances insurmontables et imprévisibles et ainsi justifier l'exception à la comparution personnelle du mis en examen. Néanmoins, la cour de cassation confirme la position de la chambre de l'instruction en indiquant qu'une seule absence de moyens mobilisables ne pouvait suffire à retenir la qualification de circonstances insurmontables sans plus d'explications sur le caractère particulier, imprévisible et insurmontable de ces circonstances.

Ainsi, en refusant de tels moyens pour justifier l'absence physique du mis en examen, la Cour de cassation soutient l'importance du principe de comparution personnelle lors du débat contradictoire de l'intéressé. Elle semble adopter une approche plutôt restrictive de la notion de débat contradictoire, considérant louablement que la présence de la

⁸⁶ CEDH « *Michael c/ Royaume Uni* » 24 fév. 1995 n°26766/05.

⁸⁷ CEDH « *Mélin c/ France* » 22 juin 1993 n°12914/87.

⁸⁸ CEDH « *Dame veuve Trompier Gravier* » 5 mai 1944 n° 69751.

⁸⁹ C. constit. décision n° 93-325 DC, 13 août 1993.

⁹⁰ CEDH « *Poitrinol c/ France* » 23 nov. 1993, n° 14032/88.

personne mise en examen est nécessaire. A l'inverse, le JLD s'était lui contenté d'estimer que la contradiction n'était pas entachée par l'absence de l'individu, et que sa représentation suffisait. Cette appréciation est fortement critiquable. En effet, comment peut-on apprécier d'une véritable contradiction si la personne la plus concernée par celle-ci n'est pas présente ?

Par son choix d'ordonner le placement en détention provisoire malgré l'impossibilité d'un débat réellement contradictoire, le JLD déroge au principe de l'interprétation stricte de la loi, la comparution personnelle de la personne mise en examen étant en principe indispensable au débat contradictoire, et privilégie une interprétation extensive favorisant la répression. Devant cette position, la cour de cassation s'est quant à elle placée du côté de la protection des droits de la défense et surtout de la liberté. Quoiqu'il en soit, un déséquilibre apparaît.

D'une part, l'appréciation implicite faite du débat contradictoire par le JLD fait pencher la balance dans le sens de la répression au détriment de la protection des droits de la défense. D'autre part, la Cour de cassation, par l'annulation de l'ordonnance de placement en détention que sa décision implique, assure à l'inverse la protection des droits au détriment de l'efficacité de la justice.

Ces deux positions marquent chacune leurs limites dans le cadre de la recherche du difficile équilibre entre sécurité et liberté que décrivait Benjamin Franklin⁹¹, et posent la question d'une possible lacune juridique en la matière. Les juridictions de première instance sont plus souvent qu'on ne le croit confrontées à ce genre d'impossibilités matérielles d'extraction des individus mis en cause⁹², et sont dès lors confrontées à un dilemme entre le strict respect de l'article 145 alinéa 8 du C. pr. pén. et la nécessité d'une répression efficace. Le manque de moyens du service de la justice ne permet pas toujours d'assurer les exigences contradictoires exigées par le droit pénal. Il s'agit là d'un problème qui ne pourra éternellement rester ignoré du législateur.

II - L'appréciation restrictive des exceptions à la comparution personnelle de l'intéressé

En l'espèce, la Cour de cassation adopte une position stricte quant à l'application des conditions précitées en exigeant un caractère extérieur (A). Cette position met alors en exergue les limites du régime légal applicable (B).

A - L'importance primordiale de la condition d'extériorité

Dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation rappelle qu'il existe une dérogation purement jurisprudentielle au principe de comparution personnelle du mis en examen à l'audience de placement en détention provisoire. En effet, en présence de circonstances insurmontables et imprévisibles faisant obstacle à la présence du mis en examen, le JLD peut statuer sans la présence de l'intéressé.

Toutefois, afin d'exclure le « *dysfonctionnement dans l'organisation du service en charge des extractions judiciaires* » comme une circonstance insurmontable et imprévisible, la Cour de cassation rappelle, en l'espèce, que celles-ci doivent également être « *extérieures au service de la justice* ». Par ce raisonnement, la Cour de cassation vient donc restreindre le champ d'application de l'exception de comparution personnelle du mis en examen.

En droit civil, ces notions sont déjà présentes sous le concept de la force majeure au travers de l'article 1218 C. civ et de la jurisprudence de la Cour de cassation⁹³. Il entraîne alors l'irresponsabilité civile de l'agent en cas de survenance d'un événement irrésistible, insurmontable et externe. Le droit pénal connaît également ces notions sous la forme d'une cause subjective d'irresponsabilité pénale. En effet, la contrainte, prévue à l'article 122-2 du code pénal, exige la présence d'un caractère irrésistible. La jurisprudence, quant à elle, requiert également l'existence d'un caractère imprévisible mais aussi extérieur à l'agent⁹⁴.

Cette condition d'extériorité est souvent rappelée par la Haute juridiction⁹⁵. Plus récemment, elle a estimé que le retard apporté à la transcription, par le greffier de la juridiction, de la demande de mise en liberté faite auprès du chef de l'établissement pénitentiaire n'était pas extérieur au service public de la justice⁹⁶. Néanmoins, elle n'est pas évoquée de manière systématique⁹⁷.

⁹¹ « Un peuple prêt à sacrifier un peu de liberté pour un peu de sécurité ne mérite ni l'une ni l'autre, et finit par perdre les deux » : R. Jackson et B. Franklin, *An Historical Review of the Constitution and Government of Pennsylvania*, R. Griffiths, 1759, p. 289.

⁹² (G) PITTI, Comparution personnelle et organisation des extractions judiciaires, *AJ pénal* 2016. 592.

⁹³ Civ, 2 avril 2009, 08-11.191, RLDC 2009/61, n° 3456, obs. Bugnicourt ; RCA 2009, n° 127.

⁹⁴ Crim, 29 janvier 1921 (Trémintin), S. 1922.1.185, note J. A. Roux.

⁹⁵ Crim. 26 juin 1997, n° 97-81.229, D. 1997.199 ; RSC 1997. 856, obs. J.-P. Dintilhac ; Crim., 7 févr. 2012, n° 11-88.494, D. 2012. 684.

⁹⁶ Crim., 4 septembre 2012, pourvoi n° 12-83.997, *Bull. crim.* 2012, n° 177.

⁹⁷ Crim., 2 févr. 2015, n° 15-86.596, *AJ pénal* 2016. 273, obs. C. Girault.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation interprète de façon stricte le critère de l'extériorité relatif aux circonstances imprévisibles et insurmontables. Elle estime que l'extériorité ne doit pas être simplement envisagée du point de vue du seul magistrat, mais plutôt du service public de la justice dans son ensemble. C'est pourquoi le simple dysfonctionnement interne de la justice, en l'occurrence un manque d'effectif mobilisable par l'ARPEJ⁹⁸, ne peut avoir pour conséquence de porter préjudice à la personne poursuivie.

Avec ce raisonnement, la Haute juridiction offre une protection accrue des droits de la défense en faisant primer la liberté. Elle estime que l'absence de comparution du mis en examen ne peut avoir pour origine une défaillance interne du service de la justice sans porter atteinte à ses droits. Elle souhaite donc mettre un terme aux défauts de présentation des prévenus en plaçant les services d'extraction judiciaire face à leurs responsabilités.

La Cour de cassation se place alors comme gardienne des dispositions de l'article 145 alinéa 8 du CPP qui prévoit la présentation obligatoire de la personne à la fin du délai légal aux fins d'un débat contradictoire. Cependant, la pratique judiciaire force une certaine remise en cause le régime légal applicable en matière de comparution.

B - les limites du régime légal applicable

Le recours à la visioconférence dans le cadre du contentieux de la détention provisoire est consacré à l'article 706-71 alinéa 3 du C.pr.pén. Selon cet article, l'utilisation des moyens de télécommunications audiovisuelles est possible devant le JLD, au cours des débats contradictoires préalables au placement ou à la prolongation de la détention provisoire, et devant la chambre de l'instruction ou la juridiction de jugement, au cours des audiences relatives au contentieux de la détention provisoire (appel des ordonnances de placement ou de prolongation antérieurement rendues par le JLD par exemple).

L'usage de la visioconférence dans le cadre du contentieux de la détention provisoire, avalisé sous conditions par la CEDH⁹⁹, s'explique par plusieurs raisons : la réalisation d'économies par la réduction des effectifs chargés des extractions judiciaires, la volonté d'améliorer la célérité des procédures et la réduction des déplacements des détenus dans un objectif de sécurité¹⁰⁰.

Depuis la loi LOPPSI II¹⁰¹, la personne détenue peut refuser de comparaître par visioconférence à l'audience au cours de laquelle il sera statué sur le placement ou la prolongation de sa détention provisoire. Or, il est possible de passer outre un tel refus si l'extraction du détenu présente des risques graves de trouble à l'ordre public ou d'évasion¹⁰² : ces deux exceptions au caractère impératif du refus unilatéral de la personne détenue sont interprétées strictement par la chambre criminelle¹⁰³.

En l'espèce, le droit de refuser la comparution par visioconférence est exercée par la personne incarcérée provisoirement. Or, dans l'hypothèse d'une incarcération provisoire prononcée par le JLD sur le fondement de l'article 145 alinéa 8 du C.pr.pén et en présence de difficultés sérieuses dans l'extraction de la personne concernée, il serait opportun que le législateur élargisse les possibilités de passer outre un éventuel refus de la personne de comparaître par visioconférence. En effet, la combinaison de la faible durée d'incarcération provisoire à l'existence d'une impossibilité pratique d'effectuer l'extraction dans ce délai devrait justifier l'utilisation obligatoire de la visioconférence, nonobstant l'éventuel refus de la personne détenue. En outre, au regard du respect de la présomption d'innocence, l'augmentation de la durée d'incarcération provisoire en vue de pallier d'éventuelles difficultés matérielles dans l'extraction ne doit pas être privilégiée.

De plus, en l'espèce, la proposition du JLD de recourir à la visioconférence semble prohibée par une lecture littérale de l'article 706-71 alinéa 3 du C.pr.pén. Selon ce texte, l'utilisation des moyens de télécommunication audiovisuelle est possible dans le cadre du débat contradictoire préalable au placement en détention provisoire d'une personne *détenue pour une autre cause*. Ainsi, l'emploi de la visioconférence dans cette hypothèse n'est possible que si la personne concernée est déjà détenue pour une infraction différente de celle pour laquelle ledit placement en détention est envisagé. Or, en l'espèce, M.X est *incarcéré provisoirement* (et non pas *détenu*) pour des infractions sur le fondement desquelles le JLD envisage un placement en détention : la comparution par visioconférence au débat contradictoire préalable au placement en détention lui-même semble donc exclue¹⁰⁴.

⁹⁸ Autorité de régulation et de programmation des extractions judiciaires.

⁹⁹ CEDH, *Marcello Viola c/Italie*, 5 oct. 2006, n°45106/04, *CEDH Sakhnovski c/Russie*, 2 nov. 2010, n°21272/03.

¹⁰⁰ BOSSAN (J), *La visioconférence dans le procès pénal : un outil à maîtriser*, RSC 2011 p 801.

¹⁰¹ LOI n°2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

¹⁰² BELLOR (P), *La détention provisoire dans la loi du 3 juin 2016 : entre renforcement des garanties et simplification du déroulement de la procédure*, AJ Pénal 2016. 458.

¹⁰³ Crim.11o oct 2011, n°11-85.602 ; LENA(M), *Visioconférence : interprétation du nouvel article 706-71 du code de procédure pénale*, Dalloz actu, 14 nov.2011.

¹⁰⁴ BELFANTI (L), *la visioconférence en matière pénale : en utilité et controverses*, AJ Pénal 2014. 165.

Dès lors, si la personne est incarcérée provisoirement en raison de la commission d'une infraction et des poursuites consécutives, le débat contradictoire préalable à son placement en détention pour cette même infraction ne peut avoir lieu par visioconférence du fait que la personne n'est pas *détenue pour une autre cause*. Cette solution se justifie aussi par le fait que le législateur ne reprend pas, pour le débat contradictoire préalable à la *prolongation* de la détention, l'exigence d'une privation de liberté fondée sur *une autre cause* dans l'hypothèse du *placement initial*. Une telle interprétation est conforme à la logique juridique du fait que l'enjeu au regard du respect des libertés individuelles est plus élevé dans le cadre du placement initial que dans celui de la prolongation : une réécriture de l'article 706-71 du C.pr.pén est donc nécessaire pour élargir les possibilités d'emploi de la visioconférence dans le cadre du contentieux de la détention provisoire.

Détention provisoire et atteinte à la présomption d'innocence, note sous Cass. crim. 12 octobre 2016, n°16-84711.

Par Allison ASPICQ, Sixtine BERAT, Shannon JACOBS et Mathilde ZUNINO

« Le législateur qualifie d'exceptionnelle la détention provisoire parce qu'il sait qu'elle ne l'est pas, et qu'il voudrait bien qu'elle le fut ». ¹⁰⁵

Cette citation illustre bien la position jurisprudentielle de la Cour de cassation et vient souligner le difficile équilibre procédural entre détention provisoire et présomption d'innocence. La détention provisoire doit rester une exception et s'il faut assurer la préservation de l'ordre public, il ne faut pas que cette détention apparaisse contraire au principal fondamental de la présomption d'innocence. Or, dans le présent arrêt, la Chambre criminelle a rejeté la demande d'un requérant lequel estimait son maintien en détention provisoire, contraire au principal fondamental de la présomption d'innocence.

Dans l'arrêt commenté, le requérant de nationalité étrangère avait été poursuivi pour infractions à la législation sur les stupéfiants et importation non autorisée de stupéfiants. En vain, il fait une demande de mise en liberté, prétendant vouloir travailler et disposant d'une promesse d'embauche. Le ministère public releva l'absence de garantie suffisante et l'irréalisme de la promesse d'embauche prétendu en raison de la situation irrégulière du requérant. En outre, il ne justifiait pas non plus d'une possibilité d'hébergement ou de ressources, favorisant ainsi le risque de réitération et justifiant son maintien en détention.

Le requérant estimait que la cour d'appel avait violé les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, les articles 591 et 593 du C.pr.pén., au motif que toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente, tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Selon le requérant, la chambre des appels correctionnels s'est prononcée par des motifs révélant qu'elle tenait pour acquise la culpabilité du simple prévenu. La Cour de cassation a rappelé la particulière gravité des faits commis par le requérant relatif à la participation à un trafic international de stupéfiants.

Ainsi, l'appréciation judiciaire d'une demande de mise en liberté est susceptible de porter atteinte au principe de présomption d'innocence lorsque la Cour de cassation s'appuie sur une décision non définitive et qu'elle opère alors une appréciation anticipée de la culpabilité.

En effet, la détention provisoire, bien qu'étant légitime au regard de la préservation de l'ordre public et légalement encadrée, cette dernière ne constitue pas moins une atteinte à la présomption d'innocence. La Cour de cassation, poursuivant sa réflexion et rappelant les termes d'une jurisprudence constante ¹⁰⁶, a approuvé la décision de la Cour d'appel qui a rejeté la demande de mise en liberté, en faisant état d'une condamnation même non encore définitive. Et plus encore, elle s'est attachée à caractériser la particulière gravité des faits commis par le requérant.

I - Un équilibre relatif entre présomption d'innocence et protection de l'ordre public

Si le recours à la détention provisoire constitue une exigence de sûreté et apparaît nécessaire lorsqu'il s'agit de préserver l'ordre public (A) ; il n'en demeure pas moins que cette mesure constitue une atteinte à la présomption d'innocence, laquelle est encadrée mais peut mener à certaines dérives (B).

A - Une mesure fondée une exigence de sûreté

¹⁰⁵ CHAMBON (P.), La loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le code de procédure pénale et relative à la détention provisoire : analyse et réflexions, *JCP G* 1989. I. 3417.

¹⁰⁶Cass., Crim. 6 juin 2000, n° 00-81.746, Bull. crim. n° 211 ; Cass., Crim. 19 sept. 2001, n° 01-84.736 ; Cass., Crim., 16 avril 2013 n° 13-80.588 ; Cass., Crim., 23 juin 2010 N° 10-82.259.

En procédure pénale, l'un des principes directeurs est celui de la présomption d'innocence¹⁰⁷ dont la détention provisoire est l'exception¹⁰⁸. Il découle de ce principe, que, chaque individu poursuivi doit être considéré comme présumé innocent des faits qui lui sont reprochés tant qu'il n'a pas été déclaré coupable par une juridiction compétente. Cependant, il peut être porté atteinte à ce fondement du droit dès lors que les nécessités de préservation de l'ordre public le justifient. Cependant, en procédure pénale comme dans les autres branches du droit, toute exception est de droit strict. La détention provisoire, justifiée par l'exigence de sûreté, voit ainsi son régime légalement encadré¹⁰⁹.

Néanmoins, avant même de prononcer cette mesure privative de liberté, le requérant peut se voir ordonner une mesure qui serait moins attentatoire à la présomption d'innocence. Le contrôle judiciaire¹¹⁰, qui est une mesure restrictive de liberté peut être prononcé afin de diminuer le risque de réitération d'une infraction pouvant être présent. Cependant, cette mesure peut s'avérer insuffisante pour garantir l'ordre public, c'est ainsi qu'une assignation à résidence sous contrôle électronique¹¹¹ peut être prononcée. Ces mesures alternatives ont été créées dans le but de réduire le placement systématique en détention provisoire par les juges dès lors qu'il fallait protéger l'ordre public et garantir la bonne représentation du requérant devant la justice. Cependant, la détention provisoire est possible à titre exceptionnel, dès lors qu'elle est justifiée par une exigence de sûreté, et que les obligations de ces mesures sont insuffisantes pour répondre à l'objectif recherché¹¹². Dans le présent arrêt, les juges ont estimé que les alternatives à la détention provisoire n'étaient pas aptes à garantir l'exigence de sûreté. Les juges invoquent l'insuffisance des garanties de représentation du fait de l'irrégularité du requérant sur le territoire français ainsi que de la particulière gravité des faits. En cela, la détention provisoire peut justifier l'atteinte au principe de la présomption d'innocence, dès lors que des risques de réitération de l'infraction sont envisageables et que les garanties avancées par le requérant sont insuffisantes.

Ainsi, comme il l'a été souligné la détention provisoire peut être prononcée à titre exceptionnel pour garantir la sûreté. Cependant, bien que légalement encadrée, cette mesure peut être attentatoire à la présomption d'innocence.

B - Une mesure attentatoire à la présomption d'innocence

En vertu de principe de la présomption d'innocence, le recours à la détention provisoire ne devrait être qu'exceptionnel¹¹³. En l'espèce, la Cour de cassation confirme le maintien en détention provisoire en soulignant qu'aucune atteinte à la présomption d'innocence n'a été portée à l'encontre du requérant bien que la condamnation ne soit pas encore définitive. Or, la détention provisoire reste une atteinte manifeste à la présomption d'innocence, dès lors, il convient de rappeler que la personne n'est pas définitivement condamnée. Par ailleurs, la privation de liberté même en cours de procédure, peut s'apparenter à une sanction ayant le caractère d'une punition. Dès lors qu'une personne est privée de sa liberté, l'on peut considérer que cela s'apparente immédiatement et effectivement à une peine. La période de détention provisoire s'impute sur la durée de la peine définitivement prononcée¹¹⁴.

Les articles 5 et 6 de la ConvEDH, invoqués par le requérant, garantissent à l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable et lui permettent de bénéficier de certains droits fondamentaux au procès équitable. L'article 5 de la ConvEDH qui garantit le droit à la liberté et la sûreté pour chaque individu, n'empêche pas pour autant l'incarcération¹¹⁵. Toutefois, en son §3, l'article 5 précise que « *toute personne arrêtée ou détenue a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable ou libérée pendant la procédure* ». Dès lors, le recours à la détention provisoire doit être utilisé avec parcimonie et lorsqu'elle se révèle strictement nécessaire¹¹⁶. Par ailleurs, la notion de délai raisonnable n'est pas circonscrite de façon précise. Elle est donc susceptible de varier au gré de l'appréciation judiciaire en fonction de la gravité de l'infraction et des circonstances de la cause¹¹⁷. Lorsqu'une durée longue de détention provisoire est décidée, elle doit être accompagnée de justifications fortes et les autorités nationales doivent démontrer les diligences particulières qui ont été accomplies en vue de la poursuite de la procédure¹¹⁸.

¹⁰⁷ Article préliminaire du Code de procédure pénale ; en matière civile, art. 9 C.civ. ; art 7 DDHC et, à l'échelle européenne, art. 6 de la Conv. EDH.

¹⁰⁸ (D) CARON, (K) GACHI « *Contrôle judiciaire et détention provisoire* », JCl. Procédure pénale, Art. 137 à 150, Fasc. 30.

¹⁰⁹ Art. 144 C.pr.pén.

¹¹⁰ C.pr.pén., art 137.

¹¹¹ C.pr. pén., art 137.

¹¹² (D) CARON, (L) PELLETIER, « *Synthèse détention provisoire* », JCP n°40, infra n°1.

¹¹³ PRADEL (J.). Procédure pénale, Edition Broché, 18^{ème} Edition, 2015.

¹¹⁴ Ibid n°6.

¹¹⁵ BOMBLED (M.). Appréciation du caractère raisonnable de la durée de la détention provisoire, *Dalloz actu*, 7 novembre 2012.

¹¹⁶ CEDH Arrêt 8 novembre 2007 Lelièvre c/ Belgique n°11287/03.

¹¹⁷ CEDH Arrêt 27 juin 1968 Wemhoff c/ RFA §§10 à 12, Série A n°7.

¹¹⁸ CEDH Arrêt Letellier c/ France §35 du 26 juin 1991 n°12369/86 et Berasategui c/ France du 26 janvier 2012 §37 n°29119/09.

Pour autant, en l'absence de la démonstration de ces dernières et de la certitude de la culpabilité du prévenu, les juges confirment le maintien en détention provisoire. De sorte, que cette mesure apparaît attentatoire à la présomption d'innocence.

L'on remarque que la Cour de cassation valide quasi-automatiquement les décisions de la cour d'appel relatives au placement en détention provisoire. En conséquence, l'on en déduit que la Cour de cassation fait prévaloir la protection de l'ordre public sur la liberté individuelle du prévenu. De même, la présomption d'innocence est un principe auquel l'on peut porter atteinte facilement notamment par le recours à la détention provisoire. Il existe un réel déséquilibre entre la notion de détention provisoire et le principe de la présomption d'innocence. En l'espèce, le requérant justifie sa volonté d'une mise en liberté par son désir de travailler et sa déclaration d'une promesse d'embauche. Il convient de s'interroger sur l'importance de ces garanties présentées puisque l'on pourrait considérer qu'elles sont suffisantes pour exclure la détention provisoire.

La pratique judiciaire démontre que la CEDH ignore l'utilisation excessive de la détention provisoire qui est faite, notamment dans le droit interne. En réalité, l'on constate que les garde-fous instaurés sont très faibles voire quasi-inexistants à tel point qu'ils entraînent une appréciation anticipée de la culpabilité.

II - Une appréciation anticipée de la culpabilité

La règle générale veut que la présomption d'innocence soit préservée tant qu'une décision définitive n'a pas été prononcée. Pourtant, la Cour de cassation montre une certaine indifférence à cette règle (A) laquelle s'inscrit dans une lignée jurisprudentielle constante (B).

A - L'indifférence contestable à une décision non encore définitive

En l'espèce, le caractère non encore définitif de la décision résultait d'une condamnation prononcée par la cour d'Appel de Nîmes, décision frappée d'un pourvoi en cassation, et dont la juridiction d'appel en l'espèce a, malgré tout, fait état pour rejeter la demande de mise en liberté du demandeur.

Au contraire de la procédure civile ou administrative, une décision est qualifiée de définitive en matière pénale lorsqu'elle ne peut plus faire l'objet de recours, qu'ils soient ordinaires ou extraordinaires, ou dont les délais pour les exercer sont épuisés. Il est de plus affirmé à l'article 569 C.pr.pén., que le pourvoi en cassation a un effet suspensif, la décision ici en cause étant frappé d'un pourvoi en cassation elle ne peut être qualifiée de définitive.

Cette décision n'obtiendra de caractère définitif qu'à compter de la décision de la Cour de cassation, si celle-ci rejette le pourvoi. Cette subtilité a, par ailleurs, été rappelé dans une décision du Conseil d'Etat de 2001.¹¹⁹ Ce faisant, la cour d'Appel et la Cour de cassation ont donc considéré comme définitive une décision qui n'en présente pas les caractères classiques. Or, dans le premier cas, le juge pénal s'est prononcé définitivement sur la culpabilité de l'individu, ce qui n'est pas le cas d'une décision non encore définitive où la présomption d'innocence doit encore être respectée.

En effet, la présomption d'innocence est considérée comme un principe fondamental de la procédure pénale. Il est même énoncé que les autres principes directeurs seraient la conséquence du principe de la présomption d'innocence.¹²⁰ Ce principe est protégé par le Conseil constitutionnel qui le rappelle dans de nombreuses décisions.¹²¹ Il en découle d'ailleurs la règle que le doute profite à l'accusé ainsi que le droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination qui est également protégé par le droit européen.¹²²

La décision du demandeur étant non encore définitive, la cour ne peut affirmer autrement que par un abus de langage confinant à un préjugement, que les faits ont été « commis » par ce dernier sans porter atteinte à ce principe.

Les juges ne pouvaient donc se fonder sur cette décision non encore définitive pour rejeter la demande de mise en liberté du demandeur, sans mettre en danger les principes évoqués.

B - Les risques d'une position jurisprudentielle constante

Cette décision témoigne d'une position jurisprudentielle constante portant une atteinte croissante à la présomption d'innocence. En effet, dans un premier temps, dès un arrêt du 6 juin 2000¹²³, la Cour de cassation a rejeté les demandes de mise en liberté et reprend les motifs exposés par la Cour d'appel, laquelle se fonde sur des indices de

¹¹⁹CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 10 janvier 2001, n° 225564.

¹²⁰Projet de loi renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes, Doc. Assemblée nationale, 22/09/1998, n°1079.

¹²¹Cons. Const., décision n° 81-127 DC, 19-20 janvier 1981.

¹²²Art. 6 §1 de la Conv. EDH.

¹²³Cass., Crim. 6 juin 2000, n° 00-81.746, Bull. crim. n° 211.

culpabilité. Puis, à l'occasion d'un arrêt rendu en 2001¹²⁴, la chambre criminelle rappelle le principe de présomption d'innocence tout en justifiant le recours à la détention provisoire, en estimant qu'il était « *l'unique moyen d'empêcher des pressions sur les témoins et la victime, ainsi que de garantir le maintien de l'intéressé à la disposition de la justice* ». La Cour de cassation entend préserver l'ordre public ainsi que les garanties de représentation. Plus récemment, dans deux arrêts rendus en 2010 et 2013¹²⁵, la Cour semble assouplir encore ses exigences faisant état d'une « décision non encore définitive ». L'arrêt commenté s'oriente plus clairement encore vers une forme de préjugement se révélant par la référence à la « particulière gravité des faits commis ». Cette formule souffre d'un déficit de réserve et d'attention. Elle traduit un retrait de la présomption d'innocence au détriment de la protection du requérant et de la portée de l'article 6§2 de la Conv. EDH. La Cour de cassation se doit de respecter le principe de la présomption d'innocence et d'être en adéquation avec les arguments qu'elle avance pour refuser la demande de mise en liberté. Il s'agit de respecter et préserver davantage les garanties et droits fondamentaux du justiciables, lesquels sont nécessaires à l'équilibre de la procédure pénale.

Une condamnation de la France sur le fondement des articles 5 et 6§2 de la Conv. EDH est à craindre. Il ne ferait que révéler les imperfections du régime de la détention provisoire. N'est-ce pas une condamnation de la France en 2010 par la Cour. EDH qui a conduit à une réforme du régime de la garde à vue¹²⁶ ?

Et pour demain ...

Les projets de recherche

« **Audition et discernement de l'enfant devant le juge aux affaires familiales** » projet de recherche biennal (oc. 2016 – oct. 2018), *Blandine MALLEVAEY*

« **L'émergence d'un modèle d'exploitation et de régulation de la technologie blockchain** », dossier GIP justice, (2017-2019), projet porté par *Andra COTTIGA-RACCAH*

« **Réduire les risques de catastrophes naturelles** », « **Le droit des catastrophes et son efficience** », objectif : Etablir une grille méthodologique pour Think Tank, projet porté par *Matthieu MEERPOEL*

« **Le juge et la coutume** », Convention en cours avec l'Université de la Guyane, projet porté par *Sylvie HUMBERT*

« **La réhabilitation de la mémoire des mineurs lors de la grève de 1948** », projet de recherche transdisciplinaire proposé par l'Institut Varenne à Paris spécialisé dans la justice transitionnelle, projet porté par *Sylvie HUMBERT*.

Les publications

« **Lanceurs d'alerte** », *Delphine POLLET-PANOUSSIS et Mathieu DISANT*

« **La loi du 14 mars 2016, la protection renforcée de l'enfant** », *Sarah DURELLE-MARC*

« **Le sens de la peine** » *Franck LUDWIZACK*

« **La gestion du risque d'insolvabilité à l'heure du règlement (UE) n°2015/848, insolvabilité bis** », *Andra COTTIGA-RACCAH*

Les événements scientifiques

14 Septembre 2017

Conférence : « **Le divorce sans juge : une fausse bonne idée ?** »

Proposée par Blandine Mallevaey, conférence de rentrée de la chaire Droits et Intérêts supérieur de l'enfant.

15 Septembre 2017

¹²⁴Cass., Crim. 19 sept. 2001, n° 01-84.736.

¹²⁵Cass., Crim., 16 avril 2013 n° 13-80.588 ; Cass., Crim., 23 juin 2010, n° 10-82.259.

¹²⁶CEDH, 5^e Sect. 14 oct. 2010, Req. n° 1466/07, BRUSCO c./France.

Colloque : « La responsabilité pénale de l'entrepreneur et de l'entreprise »

Organisé par les étudiants du Master II Droit de la Matière Pénale

24 Novembre 2017

Colloque : « Le Big data et les métiers de l'assurance »

En partenariat avec l'IANF, la FFA, CSCA, et Lina Williatte

1^{er} Décembre 2017

Journée d'étude : « La protection et la défense de l'intérêt supérieur de l'enfant par l'administrateur ad hoc »

Organisée par la chaire DISE en partenariat avec l'association Thémis (***) UDAF ... dans le cadre des 25 ans de la CIDE

7 et 8 décembre 2017

Colloque : « La prévention du génocide »

Proposé par Xavier et Sylvie à Issy-Les-Moulineaux et à l'Institut de Varenne, en partenariat avec Master Droit de l'Homme et de la Sécurité.

8 décembre 2017

Conférence : « Accouchement dans le secret, délaissement et adoption »

Proposé par Blandine Mallevaey, s'inscrit dans le cadre de la chaire Droits et Intérêts supérieur de l'enfant.

20 avril 2018

« De la grande guerre à aujourd'hui, le défis de la paix juste », journée d'étude, organisée dans le cadre de la rencontre internationale pour une paix juste se déroulant du 18 au 22 avril 2018.



Avril 2018

« L'évolution de la condition de préjudice en droit de la responsabilité civile », colloque organisé sur le Campus de Issy-les-Moulineaux.