
BMA Bulletin Mensuel d'Actualités du CRISP

N° 64 – 2023

Sommaire

L'édito	p. 3
L'article du mois	p. 5
L'actualité	p. 12
Les vidéos, podcasts et autres ressources	p. 49

The logo for CRISP, with 'CR' in red and 'ISP' in black, set against a black horizontal bar above and below.

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation

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

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

L'article du mois

Amour et désamour pour la fonction publique

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

Il y a, dans la relation amoureuse, un ensemble d'inclinations qui se traduit par une volonté d'être ensemble – et pouvant se retourner. Selon la formulation du journaliste et écrivain Alexandre Weill, « *ce n'est pas peu à peu et par degrés que l'homme tourne de l'amour à la haine et de la haine à l'amour, mais subitement, d'un bond. L'aiguille de la boussole, par un coup de foudre, saute d'un pôle à l'autre* » (1874). (...)

par Benoît Quenedey

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

Jacob BERREBI

Rédacteur en chef

Franck TOURET

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

Jacob BERREBI

jacob.berrebi@prepa-isp.fr

Valentine HABERMAN

valentine.haberman@prepa-isp.fr**Directrice Générale ISP**

Julie HABERMAN

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

18 rue de Varenne

75007 PARIS

01.42.22.30.60

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

RCS Paris 331 302 877



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

Métro 12 : Rue du Bac ou Sèvres
Babylone

Métro 10 : Sèvres Babylone

— ou —

Bus : 68, 69, 83, 84, 94

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

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

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

L'édito

« *La peine de mort est contraire à ce que l'humanité depuis deux mille ans a pensé de plus haut et rêve de plus noble. Elle est contraire à la fois à l'esprit du christianisme et à l'esprit de la Révolution* »

Robert BADINTER (né en 1928), garde des Sceaux, citant mot pour mot Jean JAURÈS (1859-1914), et plaidant pour l'abolition, Assemblée nationale, 17 septembre 1981

Certains drames, certains faits divers, par leur violence, leur monstruosité, suscitent naturellement de vives émotions et de la colère, de la part des victimes, de leurs proches, mais aussi de la part de la société et de tout un chacun. Il en est ainsi de certains crimes... C'est le cas du crime ayant conduit en cette fin de mois d'avril 2024 au meurtre de la petite Rose.

C'est comme souvent face à ce genre de faits divers, l'occasion pour la société de s'interroger notamment sur la justice pénale française. Se trouve régulièrement relancé à ce titre le débat sur la peine de mort.

Il est légitime de s'interroger sur le sens et le quantum de la peine ; l'on peut s'interroger sur la peine de mort, à la condition qu'il ne s'agisse pas d'une récupération populiste et démagogue comme trop souvent (certains politiciens semblent à ce titre ignorer – volontairement ou involontairement, on ne sait pas ce qui est le pire – que l'abolition de la peine de mort a été introduite dans la Constitution de la Ve République par la Loi constitutionnelle du 23 février 2007. La Constitution prévoit désormais en son article 66-1 que « *nul ne peut être condamné à la peine de mort* »)

Cependant, il importe de se poser ces questions en conscience et en connaissance. Le débat est trop important pour n'être que le résultat de l'émoi ou de la colère. La discussion ne peut être un simple badinage, cela ne peut pas, ne doit pas être une conversation de comptoir.

Cet éditto n'est pas un nouveau plaidoyer contre la peine de mort, d'autres plus grands les ont heureusement prononcés, cet éditto est une supplique : avant d'avoir un avis, une opinion, avant d'être pour ou même contre la peine de mort, lisez, écoutez, regardez !

Voici quelques recommandations que je vous sou mets humblement (une liste loin d'être exhaustive et tout à fait personnelle) :

Les livres :

- *L'exécution et L'abolition* de Robert Badinter
- *L'Etranger* d'Albert Camus
- *Dernier jour d'un condamné* à mort Victor Hugo,
- *Crime et châ timent, Souvenirs de la maison des morts* et *L'Idiot* de Dostoïevski (*lui-même condamné à mort avant que sa peine soit commuée en prison au bagne ; chacun de ces ouvrages traitent indirectement de la question*)

Les films :

- *Deux hommes dans la ville* de José Giovanni avec Jean Gabin
- *Le Pull-over rouge* de Michel Drach, inspiré du roman éponyme de Gilles Perrault
- *La vie de David Gale* d'Alan Parker

Les grands discours de Robert Badinter :

- Le discours prononcé à l'Assemblée en 1981 en deux parties (<https://www.ina.fr/ina-eclair-actu/video/i00004544/discours-de-robert-badinter-sur-l-abolition-de-la-peine-de-mort-12>) et (<https://www.ina.fr/ina-eclair-actu/video/i00004546/discours-de-robert-badinter-sur-l-abolition-de-la-peine-de-mort-22>)
- Le discours de Robert Badinter prononcé à l'occasion des 40 ans de l'abolition de la peine de mort <https://www.dailymotion.com/video/x848I9f>

Les podcasts :

- L'un des plus synthétiques et remarquables : X. Mauduit, Abolition de la peine capitale, histoire d'un combat : <https://www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/le-cours-de-l-histoire/abolition-de-la-peine-capitale-histoire-d-un-combat-2215775>
- Et enfin, et non des moindres, un podcast de l'ISP avec Benoit Quenedey : <https://on.soundcloud.com/4yHvc>

Jacob Berrebi, Directeur délégué @PrepaISP

L'article du mois

Culture Générale

Benoît Quennedey

Enseignant en droit public et en culture générale à la Prépa ISP

Amour et désamour pour la fonction publique

Il y a, dans la relation amoureuse, un ensemble d'inclinations qui se traduit par une volonté d'être ensemble – et pouvant se retourner. Selon la formulation du journaliste et écrivain Alexandre Weill, « *ce n'est pas peu à peu et par degrés que l'homme tourne de l'amour à la haine et de la haine à l'amour, mais subitement, d'un bond. L'aiguille de la boussole, par un coup de foudre, saute d'un pôle à l'autre* » (1874).

Le rapport des Français à l'Etat, à la fonction publique, et par extension aux agents qui la servent, est fait d'ambiguïtés : alors que l'Etat modernisateur, de l'empire napoléonien à de Gaulle, s'est construit sur un développement des services publics (conduisant à ce que le taux de prélèvements obligatoires, en France, soit le plus élevé parmi les grands pays industrialisés de l'OCDE), les attentes déçues vis-à-vis de l'Etat rejaillissent sur la fonction publique, volontiers perçue comme inefficace, pléthorique, voire corrompue – au sens où elle servirait d'autres intérêts que l'intérêt général. Cette critique n'est pas nouvelle : dans *Les Employés ou la Femme supérieure*, Honoré de Balzac, en 1824, dépeint le destin contrarié d'un agent modèle, Xavier Rabourdin, pris dans les pièges de l'ambition, des intrigues et des coteries.

La relation d'amour - haine, ou d'amour - désamour, pour la fonction publique n'est donc pas nouvelle : elle traverse l'histoire de la fonction publique, en France et plus largement dans les sociétés dotées d'un système étatique dont les agents publics constituent la charpente. Elle peut être analysée à plusieurs échelles : celle de la société dans son ensemble, en ce qui concerne les agents publics et ceux qui aspirent à servir l'Etat, enfin dans l'organisation de la fonction publique elle-même, si l'on considère l'organisation administrative et la sempiternelle réforme de l'Etat. Ce sont autant d'angles que nous proposons d'examiner successivement.

I. Si la société brocarde volontiers la machine administrative, les différents services publics bénéficient d'une incarnation qui tend à redorer le blason de la fonction publique

A. Les lourdeurs de l'Etat, de la critique sociale à une dénonciation plus systématique

Dans *Ruy Blas*, Victor Hugo a raillé les « *ministres intègres* » et les « *conseillers vertueux* ». Mais cette dénonciation porte en fait sur le Gouvernement – et si les fonctionnaires sont au service de l'Etat, ils ne tendent pas à s'y assimiler. La machine administrative possède une logique propre, et à l'exception d'une poignée de hauts fonctionnaires (en France, ceux nommés par décision prise en conseil des ministres) dont les intérêts peuvent tendre à se confondre à ceux de leur autorité de nomination, la distinction est communément admise dans l'opinion entre le Gouvernement et les agents publics de l'Etat. Et même dans le cas de figure de la haute fonction publique, l'identification avec le Gouvernement ne joue plus systématiquement. Le courant de sympathie après la révocation de la préfère d'Indre-et-

Loire, Marie Lajus, à la suite d'un contentieux sur de droit de l'urbanisme l'ayant opposée à des élus locaux, est symptomatique de l'idée générale que le fonctionnaire servirait un intérêt général pouvant entrer en contradiction avec la politique gouvernementale. Or – et c'est ce qu'a rappelé le Gouvernement, par la voix de son ministre de l'Intérieur, dans le départ de la préfère Lajus – le représentant de l'Etat est révocable *ad nutum* (d'un signe de tête). Ce qui est tout à fait exact tant en droit qu'en pratique – les membres du corps préfectoral étant soumis par ailleurs à un régime spécifique, autorisant la mention de leurs opinions politiques dans le dossier, leur interdisant de se syndiquer ou encore de faire grève. Mais ce qui a été l'un des fondements de l'administration publique, depuis l'institution de la préfectorale par Napoléon, n'apparaît plus comme une évidence aux yeux de l'opinion, qui a perçu la décision prise comme illégitime, à défaut d'être illégale.

Pour appréhender l'administration en tant que telle, la fiction dépeint volontiers des personnages sans scrupules – du rival de Xavier Rabourdin déjà cité dans *Les Employés* (et Xavier Rabourdin, effacé, n'est pas davantage un modèle de vertu) – au *Revizor* de Nicolas Gogol, où Khlestakov a fini par incarner la figure de l'arriviste, alors même que l'intention de l'écrivain russe dans sa pièce de théâtre, représentée pour la première fois en 1836, était d'abord de dénoncer l'arbitraire et la corruption. Le fonctionnaire, qu'il soit dans l'ombre ou la lumière, fascine par son pouvoir et ce qu'il incarne de l'exercice de l'autorité étatique.

L'image du guichet devant lequel se heurte l'utilisateur du service public constitue un autre marronnier de la légende noire de la fonction publique. Dans ses *Cahiers*, en 1907, Charles Péguy, en a donné une image effrayante, en insistant sur l'aspect matériel du guichet : « *Quelques cadres de bois, plus ou moins mobiles, un grillage métallique, plus ou moins fixé, font tous les frais d'un guichet. C'est pourtant avec cela, c'est avec ce peu que l'on gouverne la France très bien.* »

B. Des services publics qui s'incarnent et dont les administrations jouent le jeu des stratégies de communication

Le fonctionnaire, en tant que rouage de l'administration, pourrait ainsi sembler voué à n'être qu'un personnage décrié. En pratique, l'attrait du service public – et la renommée des grandes écoles, qui ne se limitent certes pas aux écoles de la fonction publique – apparaît dans le choix de ceux auxquels les Français ont accordé leurs suffrages à la magistrature suprême : après le général de Gaulle, diplômé de l'Ecole spéciale militaire de Saint-Cyr, Georges Pompidou était un ancien élève de l'Ecole normale supérieure (ENS) et Valéry Giscard d'Estaing, énarque. Après François Mitterrand, diplômé de l'Ecole libre des sciences politiques (devenu l'Institut d'études politiques de Paris, IEP), Jacques Chirac, François Hollande et Emmanuel Macron sont également issus de l'Ecole nationale d'administration (ENA), devenue l'Institut national du service public (INSP). Pour sa part, ayant succédé à Jacques Chirac, Nicolas Sarkozy a été admis à l'IEP de Paris, mais sans en être diplômé. Sur huit présidents de la République française sous la Cinquième République, tous ont été formés dans ce qui est communément appelé les grandes écoles – dont la moitié à l'ENA, malgré une création trop récente pour que trois des anciens chefs d'Etat (Charles de Gaulle, Georges Pompidou et François Mitterrand) aient pu en être issus. La technocratie, volontiers brocardée comme froide et inhumaine, est aussi manifestement perçue, de manière contradictoire et s'agissant de ceux qui en font partie, comme un gage d'efficacité et de compétence à gérer les affaires publiques.

Une dissociation s'opère en effet entre l'administration en général, les administrateurs (qualifiés hier d'administrateurs civils s'agissant de l'ENA, puis d'administrateurs de l'Etat

pour l'INSP) et les administrations spécifiques. La figure de l'instituteur, hussard noir de la République sous la plume de Charles Péguy, a magnifié l'image de l'enseignant et du service public de l'enseignement. Les fictions liées à la police et à la justice contribuent tout autant à nourrir des vocations de magistrat, de commissaire de police ou d'avocat que les affaires qui en constituent souvent le matériau narratif. Le médecin urgentiste est un héros qui sauve des vies. Dès lors que l'agent public n'est plus un fonctionnaire anonyme, aux logiques paperassières, mais le représentant d'une profession identifiée par sa mission de service public, il s'incarne positivement.

Les administrations, peu enclines à développer spontanément des stratégies d'image, ont pleinement intégré les outils de la communication, faisant des réseaux sociaux un instrument non seulement pour atteindre les usagers du service public, mais aussi pour valoriser leur action et, ce faisant, l'image de la fonction publique. Même des administrations cultivant le secret comme la Direction générale de la sécurité extérieure et la Direction générale de la sécurité intérieure se sont dotées de leur propre site Internet où leurs agents témoignent de leur parcours et de leurs aspirations. Or l'image de l'agent secret en France s'est longtemps inscrite dans une veine satirique (que poursuit d'ailleurs avec talent *OSS 117*), à contre-courant de l'Angleterre où la série des James Bond est la résultante (et non la cause de ce) que les meilleurs étudiants intègrent souvent les agences de renseignement. Avec *Le bureau des légendes*, dans un contexte marqué par ailleurs par la lutte contre le terrorisme, la DGSE dispose désormais d'une visibilité positive au sein de l'opinion publique – avec des retombées évidentes sur l'attractivité de ses métiers et de ses concours.

II. Une attractivité contrariée

A. Entrer dans la carrière : ce que nous disent les statistiques des candidatures aux concours

En 2020, 223 600 personnes se sont présentées à un concours de la fonction publique d'Etat par recrutement externe et 38 800 ont été admises sur liste principale, soit un taux de sélectivité de 5,8 candidats présents pour un candidat admis. La sélectivité est plus forte pour les postes de catégories C (7,9) et B (6,7) que pour ceux de catégorie A (5,2). Une petite proportion des postes ouverts (1 700 sur 40 500) n'ont pas été pourvus, faute de candidats présentant un niveau suffisant. Il convient également de noter un léger écart entre les admissions en liste principale (38 800) et les recrutements effectifs (37 600).

En 2020, les inscriptions aux concours ont nettement baissé par rapport à 2019 (- 11 %), ce que le ministère de la fonction publique a attribué à l'impact de la pandémie liée au Covid-19. Dans un rapport sur les recrutements sur la fonction publique d'Etat en 2020, Karine Delamare, directrice générale de l'administration et de la fonction publique, souligne toutefois que la sélectivité des concours a été divisée par deux en dix ans :

« Sur longue période, la sélectivité n'a jamais été aussi faible pour tous les niveaux hiérarchiques. Elle a baissé de 40 % environ entre 2010 et 2020 pour les concours de catégorie A. S'il y avait 8,9 présents pour un poste de catégorie A en 2010, il y en a désormais 5,2 (en 2020)¹. La sélectivité a été divisée par plus de deux pour les concours de catégories

¹ La différence avec le chiffre présenté plus haut (5,8) correspond au fait que sont aussi prises en compte d'autres voies d'accès que le seul concours externe.

B et C. La sélectivité des concours est liée à plusieurs facteurs, dont la conjoncture économique et l'attractivité des postes proposés. »

Comme il n'y a pas de diminution du nombre de postes proposés aux concours, c'est bien la baisse du nombre de candidatures qui explique cette moindre sélectivité, traduisant un attrait réduit pour les métiers de la fonction publique.

Si l'on considère la rémunération comme un élément décisif de l'attractivité, le salaire net mensuel moyen dans la fonction publique s'établissait à 2 378 euros (2 639 euros dans la fonction publique d'Etat ; 2 019 euros dans la fonction publique territoriale ; 2 464 euros dans la fonction publique hospitalière). Ce niveau de rémunération est inférieur à celui du secteur privé (2 518 euros).

D'autres facteurs, plus sociologiques, peuvent expliquer la moindre attractivité des concours de la fonction publique : un décalage entre le niveau d'études demandé et celui des candidats effectivement admis, ce qui peut se traduire par un sentiment de déclassement (les missions proposées apparaissant ne pas être à la hauteur des aspirations et/ou des compétences), ou encore une moindre appétence pour des métiers perçus comme n'apportant pas suffisamment de sens ou de perspectives d'épanouissement. De ce point de vue, le secteur privé peut apparaître, pour nombre d'étudiants, comme offrant davantage d'opportunités de carrière et d'évolution. Les mêmes facteurs concourent au choix, par un nombre minoritaire mais croissant d'agents, de quitter la fonction publique sans avoir atteint l'âge légal de départ à la retraite, en dépit des garanties qu'offre le statut de la fonction publique – pour ceux des agents publics qui sont fonctionnaires.

B. Etre ou ne pas être fonctionnaire : heurs et malheurs du statut

Au 31 décembre 2020, 5,66 millions d'agents public travaillaient dans les trois fonctions publiques (d'Etat, territoriale, hospitalière), dont 2,52 millions dans la fonction publique d'Etat ; 1,93 million dans la fonction publique territoriale ; 1,21 million dans la fonction publique hospitalière. Parmi les agents publics, 3,8 millions avaient le statut de fonctionnaire civil, 1,2 million étaient des contractuels ; 0,3 million des militaires ; 0,36 million des agents relevaient d'autres statuts. En France, un emploi sur cinq est public. Les effectifs des agents publics ont augmenté de 5 % entre 2011 et 2020, soit une progression comparable à celle de l'emploi total.

Mais les débats portent plus sur une diminution qu'une augmentation du nombre d'agents publics : lors des primaires de la droite et du centre, en 2016 puis en 2021, les propositions des candidats visaient à supprimer entre 200 000 et 500 000 agents publics en cinq ans. Entre 2007 et 2012, le principe a été qu'un agent sur deux partant à la retraite dans la fonction publique d'Etat n'a pas été remplacé. En 2017, le candidat Emmanuel Macron proposait de supprimer 120 000 postes d'agents publics sur cinq ans – mais en pratique les effectifs des trois fonctions publiques ont été globalement stables entre 2017 et 2022. Diminuer le nombre de fonctionnaires en visant à obtenir des gains de productivité a constitué un discours constant des réformes de la fonction publique depuis 2007, dans le cadre notamment de la révision générale des politiques publiques (RGPP) – laquelle avait alors soulevé une levée de boucliers parmi les syndicats. Très décriée, la RGPP, visant à des réformes de structure fondées sur une évaluation de l'action publique, a été remplacée en 2012 par la modernisation de l'action publique (MAP).

Outre le nombre d'agents publics, le statut des fonctionnaires fait débat.

Le statut général correspond à des règles applicables à l'ensemble des fonctionnaires. Des statuts spécifiques s'appliquent également aux différentes catégories de fonctionnaires.

Le premier statut général de la fonction publique sous un régime républicain provient de la loi du 19 octobre 1946. Impulsé par Maurice Thorez, ministre chargé de la Fonction publique, le statut de 1946 a repris les acquis de la jurisprudence et consacré un certain nombre de droits nouveaux : droit syndical, droit de grève, droit à la participation (notamment, au sein du Conseil supérieur de la fonction publique et dans le cadre des commissions administratives paritaires, nouvellement créées). Le fonctionnaire était désormais considéré comme un homme au service de l'Etat, et non plus un rouage de la machine administrative.

Le statut général actuel des fonctionnaires est composé de quatre lois élaborées sous l'égide d'Anicet Le Pors, ministre de la Fonction publique, dont la première fixe des lois communes aux différents fonctionnaires et les trois autres sont relatives à chacune des trois fonctions publiques (d'Etat, territoriale et hospitalière) : la loi du 13 juillet 1983 relative aux droits et obligations des fonctionnaires ; la loi du 11 janvier 1984 relative à la fonction publique d'Etat ; la loi du 26 janvier 1984 relative à la fonction publique territoriale ; la loi du 9 janvier 1986 relative à la fonction publique hospitalière.

Un corps ou un cadre d'emplois regroupe les fonctionnaires soumis au même statut particulier, titulaires d'un grade leur donnant vocation à occuper un ensemble d'emplois. Chaque titulaire d'un grade a vocation à occuper certains des emplois correspondant à ce grade. Le cadre d'emplois peut regrouper plusieurs grades.

Ce dispositif est critiqué dans la mesure où il ne récompenserait pas suffisamment les agents publics selon leurs mérites, ou *a contrario* ne sanctionnerait pas efficacement les éventuels manquements. Ces critiques méritent d'être nuancées, dans la mesure où le droit de la fonction publique permet effectivement une individualisation des carrières : la question qui se pose est ainsi davantage celle de l'application des dispositions législatives ou réglementaires, ou en d'autres termes les politiques de gestion des ressources humaines.

III. Les enjeux de l'organisation administrative, ou la réforme permanente

A. Un modèle français de fonction publique à bout de souffle ?

Les analyses comparées des systèmes de fonction publique distinguent classiquement le système de la carrière et le système de l'emploi :

- dans le système de la carrière, le fonctionnaire est recruté de manière permanente dans l'administration où il a vocation à faire carrière pendant plusieurs décennies, voire durant l'ensemble de sa vie professionnelle ; intégré dans un corps, il y exerce divers métiers et être fonctionnaire ne s'assimile donc pas à exercer une profession ; recruté par concours suivant une décision unilatérale de l'administration, le fonctionnaire est dans une situation de droit public (qui est un droit autonome par rapport au droit commun du travail), légale et réglementaire (les conventions collectives n'occupent qu'une place mineure), où il est titulaire de son grade ; le fonctionnaire étant au service de l'intérêt général, il est tenu à de plus grandes exigences de neutralité, notamment politique ;

- dans le système de l'emploi, les exigences de rentabilité économique sont plus fortes : le fonctionnaire est recruté pour exercer un emploi précis, pour lequel le fonctionnaire est nommé directement ou après concours et suivant une durée en principe déterminée (correspondant à la durée de son contrat) ; le fonctionnaire est un contractuel de droit public ou de droit privé, et il obéit à un régime de droit proche du droit commun du travail ; l'exigence de neutralité est moindre, voire n'existe pas dans le cadre du « système des dépouilles » (*spoils system*) dans lequel la loyauté du fonctionnaire à un parti politique prime sur ses compétences, comme aux Etats-Unis où ce dispositif, initié en 1801 pour les plus hauts postes publics, a été généralisé à la plupart des emplois publics.

Une différence majeure réside également dans le régime du licenciement. Un fonctionnaire dont l'emploi est supprimé reste fonctionnaire (car titulaire de son grade) dans le système de la carrière ; il est en revanche licencié dans le système de l'emploi.

Le système de la carrière est considéré comme propre à la France et au Québec, et dans une moindre mesure à l'Allemagne, l'Angleterre, l'Espagne et le Portugal. *A contrario* les fonctions publiques des Etats-Unis, du Canada (anglophone), de la Suisse et – depuis le début des années 1990 – de l'Italie sont considérées comme relevant du système de l'emploi.

Le modèle français de fonction publique a cependant été battu en brèche par plusieurs évolutions, tant nationales qu'européennes. La loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique a étendu la liberté de gestion (notamment par l'introduction des lignes directrices de gestion, pour déterminer les effectifs d'agents promus), tout en garantissant de nouveaux droits, notamment pour les personnes handicapées et dans la lutte contre le harcèlement et les discriminations. Par ailleurs, l'encouragement à des départs négociés, le recrutement élargi à des emplois de contractuels, y compris pour les fonctions d'encadrement supérieur, correspondant en particulier à l'exercice de missions temporaires, s'inspirent directement du système de l'emploi, propre aux Etats-Unis, et traduisent une remise en cause plus radicale du système de la carrière – dans une volonté de recherche accrue d'efficacité et de bonne gestion des deniers publics. Le recours accru à la négociation collective tripartite avec les employeurs et les représentants des agents publics, également dans le cadre de la loi du 6 août 2019, participe aussi d'un rapprochement inédit avec les règles du dialogue social applicables au secteur privé.

Ainsi, ces évolutions s'inscrivent dans un cadre plus large, tenant à la fois à de nouvelles règles de gestion publique, prenant en compte la notion de performance, et le cadre européen.

B. Les impératifs de la performance, sous la double influence du droit européen et du droit du travail

Le droit de la fonction publique est soumis à l'influence de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF) qui a introduit une logique de performance inspirée du secteur privé, s'inscrivant dans les approches sur un « nouveau management public ». La LOLF a prévu l'introduction d'objectifs et d'indicateurs de performance pour mesurer l'efficacité des services publics. Les gestionnaires disposent d'enveloppes de crédits globales, et ils ont la possibilité d'y opérer des redéploiements à condition de ne pas augmenter les dépenses de personnel – l'inverse étant en revanche possible.

L'influence du droit européen relève d'un mouvement plus large de réforme et d'adaptation de la fonction publique, en prévoyant notamment l'ouverture de la fonction publique aux ressortissants communautaires.

Il serait toutefois erroné de voir dans ces évolutions une remise en cause essentielle de l'organisation de la fonction publique en corps et cadres d'emplois, regroupant les fonctionnaires soumis à un même statut particulier. En effet, la diminution du nombre de corps est une tendance lourde de la fonction publique depuis les années 2000. Au demeurant, la notion de corps correspondant à un regroupement selon les fonctions exercées traduit un classement fonctionnel qu'on retrouve (certes sous une autre dénomination) dans le secteur privé.

Enfin, la tendance à la « travaillisation » du droit de la fonction publique (c'est-à-dire à une influence prononcée du droit du travail sur le droit applicable aux agents publics) est ancienne : elle se traduit notamment par l'identification par le juge administratif de principes généraux du droit en droit de la fonction publique – interdisant par exemple de rémunérer un agent en dessous du SMIC ou de licencier une femme enceinte.

Ce qui faisait donc certaines spécificités du droit de la fonction publique, composante majeure du droit administratif, d'une part, et de la gestion publique, d'autre part, tend ainsi à s'estomper. Ces évolutions sont l'une des traductions les plus significatives que la distinction entre emploi public et emploi privé, à l'origine en partie de la relation d'amour – désamour pour la fonction publique, n'est plus aussi marquée. D'aucuns y verront le signe d'un désaveu de la fonction publique ; d'autres, une nécessaire adaptation à des évolutions, sur fond de réforme permanente de l'Etat et de la fonction publique.

En conclusion, limiter l'approche de la fonction publique à l'attractivité du statut – tant du point de vue de ceux qui aspirent à servir l'Etat, que de ceux qui peuvent choisir une autre voie professionnelle – est certes réductrice, mais aussi révélatrice des tensions qui parcourent le rapport des Français à l'Etat, tour à tour idolâtré et vilipendé. En ce sens, faire peser la réforme de l'Etat sur les agents publics et les organisations est une approche classique du management privé et désormais public. Mais si le développement de l'entreprise répond à des objectifs de maximisation du profit dans une économie et une société libérales (les autres buts, comme l'image de marque, apparaissant comme des sous-objectifs tendant à l'atteinte de l'objectif principal, foncièrement économique), le rôle de l'Etat ne fait l'objet d'aucun consensus, social ou politique. Même l'Etat-Providence, conçu comme un des marqueurs de l'identité du service public à la française, apparaît *de facto* faire débat. Ce sont ces interrogations – à quoi sert l'Etat ? – qui déterminent le rapport du citoyen, mais aussi de l'opinion publique et des employeurs publics (dans les trois versants de la fonction publique : d'Etat, territoriale et hospitalière), à la manière de concevoir la fonction publique non comme une fin en soi, mais comme un moyen au service de la mise en œuvre des politiques publiques.

L'actualité

Nous vous proposons un classement subjectif (celui des professeurs de la Prépa ISP) des brèves et décisions suivantes en fonction de leur importance :

***utile **important ***essentiel**

(ne cherchez pas les décisions mineures et inutiles dans cette revue)

Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil et
procédure civile à l'ISP

*** La jonction d'instances n'est pas une défense au fond**

Civ. 2e, 2 févr. 2023, n° 21-15.924

En l'espèce, une société a confié à un chantier naval des travaux sur un bateau, et notamment l'installation d'un moteur. Toutefois, constatant des avaries sur ce moteur, et après expertise ordonnée en référé, la demanderesse a assigné au fond le fabricant du moteur et son assureur en paiement de diverses sommes sur le fondement de la garantie des vices cachés. Le fabricant du moteur estimant que l'avarie résultait d'un défaut de fabrication des injecteurs, assigna en garantie le fabricant de ces composants. Puis, souhaitant lier les deux instances, il formula une demande de jonction d'instances (art. 367 CPC). Pour se défendre contre cette demande de jonction, le fabricant des injecteurs invoqua une « *éventuelle inopposabilité de l'expertise* ». La cour d'appel, considéra qu'il y avait là un moyen de défense au fond rendant irrecevable l'« *exception d'incompétence* » par laquelle il contestait la demande de jonction. Il aurait dû présenter cette exception *in limine litis* avant toute défense au fond. La Cour de cassation aux visas des articles 71 et 74 du Code de procédure civile casse cet arrêt. Elle retient que le moyen par lequel le défendeur se borne à défendre à une demande de jonction d'instances ne constitue pas une défense au fond de nature à rendre irrecevable

une exception de procédure soulevée ensuite. Les Hauts magistrats rappellent que les exceptions de procédure doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. L'article 74 du code de procédure civile prévoit que « *les exceptions doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir* » ; par ailleurs, indique l'article 71 du Code de procédure civile, que « *constitue une défense au fond tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire* ». Aussi la solution de la Cour de cassation est parfaitement justifiée sous l'angle de la procédure civile. En effet, il ne s'agissait pas de demander au juge de déclarer bien ou mal fondée la demande en garantie, il ne pouvait pas s'agir d'une défense au fond. La jonction d'instances permet d'instruire ou de juger deux instances ensemble afin d'assurer une bonne administration de la justice. La crainte pour le défendeur étant que l'expertise réalisée dans l'autre instance ne lui soit opposée.

*** Office du juge et titre exécutoire**

Civ. 1re, 1er mars 2023, n° 21-22.091

Dans cette espèce, des époux ont confié à un entrepreneur la réalisation de travaux de rénovation de leur maison. En mai 2018, l'entrepreneur a livré les équipements et matériaux commandés et a établi un bon de commande. Les époux ont émis un chèque en paiement du solde du prix du marché, mais ce dernier n'a pas été honoré en raison d'une absence de provision suffisante. Le chèque étant demeuré impayé en raison d'un défaut de provision suffisante, un huissier de justice a alors délivré au contractant impayé un titre exécutoire en application de l'article 131-73 du Code monétaire et financier. L'un des époux a assigné le cocontractant en nullité du contrat, en restitution des sommes déjà perçues et en indemnisation, ce dernier demanda reconventionnellement la condamnation de l'époux à lui payer le solde du prix. Les juges du fond ont rejeté l'ensemble des demandes. En ce

qui concerne la demande en paiement du prix, ce rejet était motivé par le fait que le cocontractant disposait déjà d'un titre exécutoire pour ce montant établi par huissier de justice. La Cour de cassation considère que viole l'article 4 du Code de procédure civile l'arrêt d'appel qui refuse de statuer sur la demande en paiement présentée par une partie au motif que cette dernière dispose déjà d'un acte exécutoire, délivré par un huissier de justice sur le fondement de l'article 131-73 du Code monétaire et financier à la suite du non-paiement d'un chèque pour défaut de provision. Selon les termes de l'article 4 du Code de procédure civile « *L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties* ». Les juges du fond avaient considéré que la demande en paiement du solde était sans objet. Toutefois, pour la Cour de cassation, la demande n'était pas sans objet puisque l'entrepreneur avait intérêt à obtenir une décision de justice condamnant le débiteur. Certes le créancier détenait un titre exécutoire délivré par un huissier de justice en application de l'article 13173 du Code monétaire et financier, mais ce n'est pas une décision de justice. Or cette dernière présente l'avantage de la majoration du taux légal d'intérêt (Civ. 2e, 7 janv. 2016).

* Indivisibilité et appel provoqué

Civ. 2e, 23 mars 2023, n° 21-19.906

Dans le cadre de cette affaire, une société a relevé appel d'un jugement relatif à une indivision. La société a omis de mentionner un des membres de l'indivision dans sa déclaration d'appel. Elle l'a donc assigné par acte d'appel provoqué. Toutefois, les autres membres de l'indivision ont saisi un conseiller de la mise en état afin de soulever un incident d'irrecevabilité de l'appel. Le conseiller de la mise en état a déclaré irrecevable l'appel provoqué par la société à l'encontre de l'un des membres de l'indivision omis et a débouté les autres membres de leur demande aux fins de voir déclarer irrecevable l'appel. La société interjette appel, quelques jours avant l'audience de plaidoirie, à l'encontre de cette ordonnance et fait signifier une déclaration d'appel au membre de l'indivision omis. La cour d'appel a retenu que dans la mesure où les deux déclarations d'appel ne forment qu'un et se complètent, la seconde doit être formée dans le délai de trois mois pour

conclure offert à l'appelant par les dispositions de l'article 908 du Code de procédure civile et courant à compter de la déclaration d'appel, et que la seconde déclaration d'appel ayant été faite à l'encontre du membre de l'indivision omis le 9 mars 2021, l'appel est irrecevable, le délai de trois mois ayant couru à compter du 18 juin 2020. La Cour de cassation censure le raisonnement de la cour d'appel, casse et annule l'arrêt et renvoie l'affaire, au visa des articles 552 et 553 du Code de procédure civile. Elle affirme qu'en cas d'indivisibilité à l'égard de plusieurs parties, d'une part, l'appel dirigé contre l'une d'elles réserve à l'appelant la faculté d'appeler les autres à l'instance, d'autre part, l'appel formé contre l'une n'est recevable que si toutes sont appelées à l'instance ; l'appelant dispose, jusqu'à ce que le juge statue, de la possibilité de régulariser l'appel en formant une seconde déclaration d'appel pour appeler en la cause les parties omises dans sa première déclaration. En résumé, en cas d'indivisibilité du litige, l'appelant peut former un nouvel appel à l'encontre de la partie omise sur son premier acte d'appel postérieurement à son délai imparti pour conclure et avant l'audience de plaidoirie.

Droit de la famille

Franck TOURET

Professeur de droit civil et
procédure civile à l'ISP

* Apport de fonds pour la construction d'un bien à usage familial et refus de qualification de contribution aux charges du mariage

Civ. 1re, 5 avr. 2023, n° 21-22.296

L'ex-époux forme une demande de créance à l'encontre de son ex-épouse au titre du financement d'une partie des travaux d'édification d'une maison sur le terrain appartenant à celle-ci. Spécifiquement il s'agit du règlement d'une facture de construction de la maison d'un montant de 36 240,83 euros à l'aide de capitaux provenant de l'épargne personnelle de l'époux. Les juges du fond relèvent que le financement de la construction d'un bien personnel de l'épouse et non celui de la part indivise du conjoint, que le montant de la facture demeurait relativement modeste et constituait

une dépense ponctuelle, qu'il n'était pas établi de sur-contribution aux charges du mariage de l'époux et qu'il n'était pas contesté que celui-ci avait bénéficié avec les enfants du couple d'un hébergement dans le bien immobilier considéré. Elle en avait déduit que le paiement de la facture relevait de sa contribution aux charges du mariage. Toutefois, la Cour de cassation censure les juges du fond en affirmant que « *sauf convention contraire des époux, l'apport en capital de fonds personnels, réalisé par un époux séparé de biens pour financer l'amélioration, par voie de construction, d'un bien personnel appartenant à l'autre et affecté à l'usage familial, ne participe pas de l'exécution de son obligation de contribuer aux charges du mariage* ». La solution n'est pas nouvelle. En effet, elle avait déjà posé le principe selon lequel le financement du logement de la famille par un seul des époux est seulement l'exécution de son obligation de contribuer aux charges du mariage, sauf à ce qu'il démontre que les paiements effectués n'ont pas été proportionnels à ses facultés contributives ou ont manifestement excédé sa part contributive (Cass. civ. 1, 12 juin 2013, n° 11-26.748). Toutefois, elle avait posé une exception, lorsque le financement résulte d'un apport en capital de fonds personnels ; dans ce cas, l'apport personnel en capital par un époux donne toujours (sauf convention contraire) lieu à remboursement, dès lors qu'il s'agit de financer un bien immobilier à vocation familiale, et donc indépendamment de l'obligation de contribuer aux charges du mariage (Civ. 1^{re}, 3 octobre 2019, n° 18-20.828 ; Civ. 1^{re}, 9 février 2022, n° 20-14.272).

*** Relèvement de nom de famille annulé pour cause d'absence d'extinction patronymique
CE 25 janv. 2023, n° 461746**

Le 21 décembre 2021, un décret a autorisé trois citoyens à changer de patronyme. Désirant ajouter à leur nom, sans le perdre celui de leur mère et grand-mère, les intéressés invoquaient la disparition prévisible de ce nom célèbre de l'Histoire de France. Toutefois, comme le permet l'article 61 du Code civil, d'autres descendants (en l'occurrence des cousins des demandeurs de relèvement patronymique) y ayant intérêt peuvent s'y opposer. Or, l'instruction a relevé que ledit patronyme n'était justement pas « menacé d'extinction » entraînant par

conséquent l'absence d'intérêt légitime à solliciter un relèvement de nom et l'annulation du décret du 21 décembre 2021. Aussi, aux termes de de l'article 61 du Code civil, le Conseil d'Etat retient que « *Toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de nom. La demande de changement de nom peut avoir pour objet d'éviter l'extinction du nom porté par un ascendant ou un collatéral du demandeur jusqu'au quatrième degré (...)* ». Aux termes du premier alinéa de l'article 61-1 du même code : « *Tout intéressé peut faire opposition devant le Conseil d'État au décret portant changement de nom dans un délai de deux mois à compter de sa publication au Journal officiel.* » La reprise d'un nom en raison de son illustration peut être demandée au titre de l'intérêt légitime mentionné au premier alinéa de l'article 61 du Code civil. Ce nom doit avoir été porté dans la famille du demandeur par des personnes qui ont contribué à lui conférer une illustration certaine et durable. La reprise du nom est en outre subordonnée dans ce cas à la condition qu'il soit éteint ou menacé d'extinction dans cette famille. Or le Conseil d'Etat considère, en l'espèce, que le nom dont la reprise était demandée n'était pas menacé d'extinction et que les intéressés ne justifiaient donc pas d'un intérêt légitime à solliciter le changement de leur nom.

Contrats spéciaux

Franck TOURET

Professeur de droit civil et
procédure civile à l'ISP

**** Garantie des vices cachés et réparation par un tiers**

Civ. 3e, 8 février 2023, n° 22-10.743

Après avoir signé un acte authentique de vente le 9 mars 2016 pour l'acquisition d'un appartement dans un immeuble en copropriété, l'acquéreur constate des désordres. Ces derniers sont liés à la présence d'insectes xylophages, sur les planchers hauts et bas du bien. De plus, est mise en œuvre une procédure de péril par la préfecture sur l'immeuble. L'acquéreur assigne alors le vendeur pour obtenir, sur le fondement de la garantie des vices cachés, une réduction du prix de vente et des dommages et intérêts. De

son côté, le vendeur appelle le syndicat des copropriétaires en garantie sur le fondement de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1963 et 1242 du Code civil. Ce dernier réalise alors les travaux de remédiation aux vices. Toutefois, le tribunal de grande instance de Paris accueille favorablement les demandes de l'acquéreur, en reconnaissant l'existence du vice et en acceptant la restitution partielle du prix et les réparations indemnitaires. Le vendeur interjette appel. La cour d'appel infirme le jugement de première instance et déboute l'acquéreur de ses demandes, en statuant que l'acheteur, ayant accepté que le bien soit remis en état par le syndicat des copropriétaires et dès lors que le vice a disparu, n'est plus fondé à agir en garantie des vices cachés, peu importe que la réparation ait été effectuée par le syndicat et non par le vendeur. Néanmoins, la Cour de cassation censure les juges du fond en retenant que la réparation par un tiers du vice caché affectant la chose vendue, qui n'a pas d'incidence sur les rapports contractuels entre vendeur et acquéreur, ne supprime pas l'action estimatoire de l'acquéreur. Précédemment, en application des articles 1641 et 1644 du Code civil, la Cour de cassation avait retenu que l'acheteur d'une chose comportant un vice caché qui accepte que le vendeur procède à la remise en état de ce bien ne peut plus invoquer l'action en garantie dès lors que le vice originaire a disparu (Com., 1er février 2011, n° 10-11.269). Néanmoins, dans l'arrêt de 2013, la remise en état est réalisée par un tiers et non par le vendeur.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

*** Com. 9 novembre 2002, pourvoi n° 20-22.063 : Paiement par un tiers et théorie de l'apparence.** La question posée dans cette décision n'est pas nouvelle bien que d'importance : quelles sont les conséquences du paiement d'une obligation contractuelle effectué par un tiers ? Autrement dit, le tiers solvens qui paye la dette contractuelle d'autrui devient-il partie au contrat ? La question est essentielle car une réponse positive impliquerait que ce tiers

solvens puisse être tenu des autres dettes et obligations du débiteur contractuelle. Heureusement pour la sécurité juridique en général et celle de tiers solvens la réponse de principe de la Haute juridiction est sans ambages : le solvens qui paye une créance contractuelle n'acquiert pas la qualité de contractant (Civ. 1^{ère}, 15 février 1973). Par suite, la jurisprudence a réaffirmé ce principe tout en rappelant une exception majeure : le paiement par un tiers au contrat ne l'oblige que si elle a donné naissance à l'apparence trompeuse de sa qualité de contractant. Autrement dit, ce qui est de nature à faire du tiers solvens une partie engagée contractuellement, c'est le jeu de la théorie de l'apparence. Les exemples d'une telle apparence sont nombreux : la société qui s'immisce dans une relation contractuelle pour négocier en lieu et place du débiteur délais de paiement et remises de dettes avec le créancier, laissant croire à celui-ci qu'il se substituerait au besoin, donne l'apparence d'un contractant au créancier (Com. 3 février 2015, V. également, Civ. 3^{ème}, 12 décembre 2019). Demeure que la théorie de l'apparence est exigeante sur un plan probatoire, ce que rappelle la Cour de cassation lorsqu'elle affirme que « *une société n'est tenue de répondre de la dette d'une filiale que si son immixtion dans les relations contractuelles de cette filiale a été de nature à créer, pour le cocontractant de celle-ci, une apparence trompeuse propre à lui permettre de croire légitimement qu'il était aussi le cocontractant de la société mère* », et la Haute juridiction de censurer l'arrêt d'appel dès lors que « *En se déterminant ainsi, alors que le paiement partiel, par la société mère, d'une dette que sa filiale avait été mise en demeure de payer, ne saurait, à lui seul, caractériser une immixtion de cette société de nature à créer, pour la société Santé restauration services, une apparence trompeuse propre à lui permettre de croire légitimement que la société mère s'était substituée à sa filiale dans l'exécution du contrat, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » (Com. 9 novembre 2022).

*** Civ. 2^{ème}, 19 janvier 2023, pourvoi n° 21-12.264 : Les difficultés d'évaluation du préjudice économique d'un enfant résultant du décès de l'un de ses parents.** La réparation du

préjudice nécessite pour le demandeur comme pour le juge de déterminer les préjudices actuels et à venir conséquences du dommage (c'est à propos des préjudices à venir que la distinction entre le dommage et le préjudice trouve une réelle pertinence – le dommage est la conséquence du fait générateur, les préjudices sont les suites du dommage). Certains dommages sont susceptibles d'avoir des répercussions dans la durée, parfois sur un temps très long et cela rend difficile, parfois impossible, l'évaluation et la réparation des préjudices. Il en est ainsi, par exemple, en matière de réparation des préjudices d'un enfant résultant du décès d'un de ses parents. Sur le seul plan financier, la nomenclature Dintilhac prévoit expressément que « *le décès de la victime directe va engendrer des pertes et des diminutions de revenus pour son conjoint et ses enfants à charge, c'est-à-dire pour l'ensemble de la famille proche du défunt* ». Ceci dit, les difficultés pratiques d'évaluation des préjudices de l'enfant demeurent notamment lorsqu'il s'agit d'apprécier les événements de vie futurs qui se dérouleront et ceux qui ne surviendront pas en raison du décès. Il revient au juge de dresser des lignes directrices claires à la fois au nom de la sécurité juridique, mais aussi aux fins d'harmonisation des décisions de justice. Ainsi, sur cette question, la Cour de cassation décide, particulièrement, que « *le préjudice économique d'un enfant résultant du décès d'un de ses parents doit être évalué sans tenir compte ni de la séparation ou du divorce de ces derniers, ces circonstances étant sans incidence sur leur obligation de contribuer à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, ni du lieu de résidence de celui-ci* » (Civ. 2^{ème}, 19 janvier 2023).

***** Com. 15 mars 2023, pourvoi n° 21-20.399 : La chambre commerciale s'aligne sur la troisième chambre civile quant au régime de la rétractation de promesse.** En 2021, dans un revirement d'alignement important, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a abandonné définitivement la solution de l'arrêt *Consorts Cruz* du 15 décembre 1993 s'agissant de la rétractation du promettant dans la PUV (Civ. 3^{ème}, 23 juin 2021, Civ. 3^{ème}, 20 octobre 2021). Ce faisant, la troisième formation civile de la Haute juridiction a donné de la cohérence au droit en la

matière en alignant sa jurisprudence sur le droit postérieur à la réforme. La chambre commerciale de la Cour régulatrice poursuit cette entreprise puisqu'elle décide, dans cet arrêt du 15 mars 2023, que la révocation (ou rétractation – les deux termes apparaissent désormais comme synonymes pour les juges en matière de PUV) de la promesse avant l'expiration du temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis. L'intérêt de l'arrêt est évident puisqu'il permet une harmonisation de la jurisprudence nouvelle et une certitude quant à l'idée qu'il s'agit désormais d'un principe pérenne. En sus, comme dans l'arrêt de juin 2021, la solution doit être approuvée dès lors qu'elle place sur un pied d'égalité les parties à une promesse unilatérale, que celle-ci ait été conclue avant ou après la réforme.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

**** Com. 25 janvier 2023, pourvoi n° 21-20.021 : De (l'absence de) lien entre le dol du cessionnaire et la faute de gestion.** En l'espèce, est en cause une cession de contrôle d'une société réalisée en deux temps : d'abord, avec une prise de participation minoritaire, laissant le cédant à la direction de la société ; ensuite, une cession totale des actions. Quelque temps plus tard, le cessionnaire agit en responsabilité, arguant non seulement de réticences dolosives de la part du cédant, mais aussi de fautes de gestion commises dans la direction de la société au préjudice de celle-ci. Les juges du fond repoussent ensemble ces prétentions : ils considèrent qu'aucun élément ne permet de prouver le caractère intentionnel de la réticence destinée à tromper le cessionnaire, d'autant que le contrat de cession mentionnait effectivement les informations prétendument retenues. Ils écartent consécutivement l'action en responsabilité *ut universi* menée contre le dirigeant cédant considérant que l'exclusion du dol entraîne l'exclusion de la responsabilité. Sur le fondement de l'article L. 225-251 du Code civil,

la décision est logiquement cassée : « *l'absence de faute intentionnelle commise par le cédant pour tromper le cessionnaire n'exclut pas nécessairement l'existence d'une faute de gestion commise au préjudice de la société cédée par son dirigeant* ».

* **Civ. 3^{ème}, 25 janvier 2023, pourvoi n° 21-19089 : Les préjudices du preneur indument expulsé.** Comment indemniser le commerçant indument expulsé du local commercial ? Cette question pratique trouve une réponse très complète dans la présente décision. En l'espèce, une ordonnance de référé prononce l'exclusion d'un preneur commerçant du local dans lequel il exploite son activité. Le local est vendu à un tiers. La suite de la procédure voit pourtant l'ordonnance infirmée. Le commerçant agit en indemnisation à l'encontre du bailleur et de l'acquéreur du local. Le contentieux se cristallise alors sur la détermination et la réparabilité des différents préjudices invoqués par le commerçant. La décision de la Haute juridiction lui est favorable puisque les hauts conseillers décident sur le fondement notamment des articles L. 145-14 et L. 145-28 du Code de commerce que, d'une part, la décision – ici, l'ordonnance d'expulsion prononcée en référé – en vertu de laquelle l'exécution est poursuivie aux risques du créancier est ultérieurement modifiée, le créancier rétablit le débiteur en ses droits, en nature ou par équivalent, et, d'autre part, le locataire évicé qui peut prétendre au paiement d'une indemnité d'éviction, a droit au maintien dans les lieux jusqu'au paiement de cette indemnité. La privation de la possibilité de rester dans les lieux constitue donc un préjudice à part entière. En bref, le locataire indument expulsé doit être indemnisé de la perte de son fonds à la date de son expulsion, mais aussi de la perte du chiffre d'affaires qu'il aurait obtenu s'il était resté dans les locaux en vertu de son droit au maintien dans les lieux jusqu'au paiement de l'indemnité d'éviction qui lui est due.

** **Com. 1^{er} mars 2023, pourvoi n° 21-14.787 : L'absence de garantie portant sur la viabilité économique d'un projet de reprise.** Voici une question au carrefour du droit des sociétés, notamment des groupes de sociétés et du droit des procédures collectives, avec une incidence en droit commun des contrats. La société mère

entend céder les parts qu'elle détient sur une de ses filiales en état de cessation des paiements. Peu de temps après la cession, la filiale est placée en liquidation judiciaire. Les salariés de la filiale sont licenciés. Ils agissent contre la société cédante lui reprochant d'avoir commis une faute dans le choix du repreneur. Partant, la question posée à la Haute juridiction est celle de savoir si une société mère cédant une filiale a l'obligation de garantir la viabilité économique d'un projet de reprise ? La solution des hauts conseillers est sans ambages : « *Il ne résulte d'aucun texte ni d'aucun principe qu'une société mère a, lorsqu'elle cède les parts qu'elle détient dans le capital social d'une filiale en état de cessation des paiements, l'obligation de s'assurer, avant la cession, que le cessionnaire dispose d'un projet de reprise garantissant la viabilité économique et financière de cette filiale* ». A noter que tout autre solution que celle ici portée par les juges aurait pu avoir des incidences considérables et négatives d'un point de vue économique, puisque cela aurait conduit à fragiliser grandement dans le temps les cessions sous-seing privées des entreprises. Une obligation de garantir la viabilité d'un projet de reprise aurait conduit à instaurer de fait une obligation de solidarité à la charge du cédant quant aux dettes du cessionnaire. De plus, sous un angle juridique et contractuel, une telle obligation aurait constitué une forte contravention au principe de la liberté contractuelle.

* **Civ. 1^{ère}, 8 mars 2023, pourvoi n° 20-16.475 : Une association peut cacher une société créée de fait.** La société créée de fait est une société qui s'ignore. Quel comble quand ceux qui l'ignorent sont ... des avocats. En l'espèce, une avocate est embauchée en salariat par une SEL. Par suite, son contrat de travail est transféré à une AARPI (une Association d'Avocats à Responsabilité Professionnelle Individuelle), dont on soulignera immédiatement qu'elle n'a pas la personnalité morale. Quelque temps plus tard, l'avocate est informée qu'elle sera à l'avenir de nouveau employée par la SEL. Elle refuse cette modification, prend acte de la rupture de son contrat avec l'AARPI et poursuit cette dernière pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. La question se pose naturellement de la recevabilité de l'action menée contre l'AARPI. Etrangement, les juges du

fond déclarent recevable l'action dès lors, selon eux, que, si l'AARPI n'a pas la personnalité morale, elle a une certaine « *personnalité civile qui lui permet d'ester en justice et de défendre à l'action de l'avocate salariée* ». La cassation était attendue et est naturellement prononcée par les hauts conseillers qui rappellent que « *l'AARPI n'étant pas une personne morale, aucune demande ne pouvait être dirigée contre elle* ». Bien que l'on puisse considérer que cela ne fût pas utile, la Haute juridiction n'hésite pas à requalifier l'AARPI en société créée de fait, puisqu'en l'occurrence, les avocats avaient recherché à partager des économies, après avoir réalisé des apports de différentes natures. Encore, a été déterminante leur volonté d'œuvrer professionnellement ensemble. Partant, les avocats en se mettant sous forme d'association n'ont sans doute pas eu conscience d'avoir constitué une société au sens de l'article 1872 du Code civil. S'il en avait eu conscience, l'association aurait pu être requalifiée en société en participation, mais cela ne change rien à la solution puisque les sociétés créées de fait tout comme les sociétés en participation n'ont pas la personnalité morale. Les associés sont donc responsables personnellement et indéfiniment (en raison de la nature civile de la société).

**** Com. 15 mars 2023, pourvoi n° 21-24.490 : Les conséquences de l'absence de date sur le bordereau Dailly.** La solution n'est pas nouvelle (V. déjà, Com. 14 juin 2000), l'intérêt de cet arrêt réside donc dans sa répétition illustrant l'orthodoxie de la Haute juridiction dans l'application des textes du Code monétaire et financier relatif à la cession de créances professionnelles. L'article L. 313-27 du Code monétaire et financier dispose, *in limine*, que « *La cession ou le nantissement prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise* ». Les faits de l'espèce sont simples : une société A cède à une société B plusieurs créances professionnelles, lesquelles ne sont pas datées. Le banquier de la société B cessionnaire assigne le débiteur cédé en paiement, lequel refuse de s'exécuter arguant de l'absence de date sur les bordereaux de cession. Les juges du fond, après avoir requalifié la cession Dailly en cession de créance civile au sens du Code civil, condamne la société B au paiement. Elle se pourvoit en

cassation et convainc les hauts conseillers qui censurent l'arrêt d'appel dans une solution énoncée en deux mouvements : dans un premier temps, en cas d'absence de date sur le bordereau, il ne peut être suppléé à cette omission par d'autres moyens, telle la notification des actes de cession au débiteur ; autrement, la mention de la date sur le bordereau relève d'un formalisme impératif quant aux effets de la cession. Dans un second temps, et ici réside la cassation, sur le fondement de l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier, la Cour régulatrice décide que les bordereaux de cession de créances professionnelles, qui sont dépourvus de date, sont privés de tout effet et ne sauraient être requalifiés en cession de créances civiles. Donc le bordereau Dailly non daté est purement et simplement privé d'effet et, dès lors, inopposable au débiteur cédé.

***** Com. 15 mars 2023, pourvoi n° 21-18.324 : L'arrêt Larzul 2 ou le revirement de jurisprudence en matière de nullité des décisions dans la SAS.** Quelques rappels sont nécessaires à la compréhension de la présente décision et de son importance. Propre à l'article L. 227-9 du Code de commerce dispose que « *Les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient. Toutefois, les attributions dévolues aux assemblées générales extraordinaires et ordinaires des sociétés anonymes, [en certaines matières] sont, dans les conditions prévues par les statuts, exercées collectivement par les associés (...). Les décisions prises en violation des dispositions du présent article peuvent être annulées à la demande de tout intéressé* ». Encore, l'article L. 235-1 al. 2 du Code de commerce prévoit, sous forme de principe, que « *La nullité d'actes ou délibérations autres que ceux prévus à l'alinéa précédent ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent livre* ». Sur le fondement de ces textes, la Cour de cassation a pu décider que la nullité des actes ou délibérations pris par les organes d'une société commerciale ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du livre II du même code ou des lois qui régissent les contrats et que sous réserve des cas dans lesquels il a été fait usage de la faculté, ouverte par une disposition

impérative, d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci, le non-respect des stipulations contenues dans les statuts ou dans le règlement intérieur n'est pas sanctionné par la nullité (Com. 18 mai 2010, *Larzul* – désormais 1). Par suite, les juges ont refusé, dans la même veine, de sanctionner par la nullité les décisions méconnaissant les statuts, en dehors du cas précédemment évoqué où les statuts aménagent une disposition impérative de la loi (Com. 26 avril 2017). Autrement dit, la Cour de cassation prônait jusqu'à présent une interprétation stricte des textes en la matière et des causes de nullité en droit des sociétés.

Demeure que des juges du fond montraient une certaine résistance (appuyée par une doctrine très majoritaire), laquelle a sans doute conduit la Cour régulatrice à ce revirement : l'alinéa 4 de l'article L. 227-9 du code de commerce doit désormais être lu comme visant les décisions prises en violation de clauses statutaires stipulées en application du premier alinéa et permettant, lorsque cette violation est de nature à influencer sur le résultat du processus de décision, à tout intéressé d'en poursuivre l'annulation. La justification apportée par la Cour de cassation révèle l'importance de ce revirement : d'une part, les hauts conseillers rappellent que « *l'organisation et le fonctionnement de la société par actions simplifiée relèvent essentiellement de la liberté statutaire* », ce qui fait la particularité de cette forme sociale ; d'autre part, ils en déduisent que « *le respect des dispositions statutaires qui, conformément à l'article L. 227-9 alinéa 1 du Code de commerce, déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés et les formes et conditions dans lesquelles elles doivent l'être, est essentiel au bon fonctionnement de la société et à la sécurité des actes* ». Reste que les juges posent plusieurs garde-fous, qui sont autant de garants d'une certaine sécurité juridique en la matière puisque la nullité est conditionnée : la solution ne vaut que dans les SAS mais la nullité vaut pour (toutes) les décisions collectives de SAS. Ensuite, au titre de l'alinéa 4 de l'article L. 227-9 du Code de commerce, la nullité est facultative, de sorte que le juge ne saurait être tenu de prononcer la nullité ; le juge réalise donc un contrôle d'opportunité et de proportionnalité de la sanction. Encore, et cela corrobore cette dernière affirmation, la nullité des décisions

collectives prises n'est encourue qu'à la condition que la violation des statuts soit de nature à influencer sur le résultat du processus de décision. En bref, par ce revirement, la Cour de cassation redéfinit l'articulation entre les articles L. 227-9 et L. 235-1 du Code de commerce et restaure une certaine cohérence en matière de SAS : l'article L. 227-9 alinéa 4 doit être considéré comme complétant l'article L. 235-1 du Code de commerce. On relèvera que la force obligatoire des statuts de SAS est renforcée, sans que la sécurité juridique ne soit affectée.

Quant à la portée de cette décision, il ne faut pas conclure trop vite que l'arrêt *Larzul 2* remet en cause totalement la solution de l'arrêt *Larzul 1*. En réalité, le champ de ce dernier est mesuré par la décision de 2023. La solution de l'arrêt *Larzul 1* est écartée pour les décisions collectives de SAS. En bref, il convient de distinguer deux hypothèses :

- en vertu de l'article L. 235-1 du Code de commerce, la solution de l'arrêt *Larzul 1* du 18 mai 2010 demeure applicable à toutes les sociétés commerciales, y compris la SAS (sauf pour les décisions collectives) : le non-respect des stipulations contenues dans les statuts ou dans le règlement intérieur ne peut être sanctionné par la nullité, à moins qu'il n'ait été fait usage de la faculté ouverte par une disposition impérative d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci ;
- en vertu de l'article L. 227-9 du Code de commerce, la solution de l'arrêt *Larzul 2* du 15 mars 2023 s'applique aux seules – mais à toutes les – décisions collectives de SAS : le non-respect d'une stipulation statutaire de nature à influencer sur le résultat du processus de décision peut être sanctionné par la nullité.

Droit social

Stéphane VERNAC

Professeur de droit privé à l'Université Jean Monnet (Saint-Etienne) et professeur de droit social à l'ISP

****CE 21 mars 2023, n°450012 (AFPA) et CE 21 mars 2023 n°460660-460924 (L'Équipe).**

L'obligation de sécurité et le contrôle administratif des plans de sauvegarde de l'emploi.

L'obligation de sécurité, qui impose à l'employeur de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs (art. L. 4121-1 et L. 4121-2 c. trav.) se diffuse dans tous les secteurs du droit du travail, et en particulier dans le régime des restructurations d'entreprise. Ces réorganisations sont, en particulier lorsqu'elles impliquent des licenciements collectifs, lourdes de risques psychosociaux pour les travailleurs. Pourtant, la loi du 14 juin 2013 qui attribue à l'administration du travail (DREETS), le contrôle des plans de sauvegarde de l'emploi, est, sur ce sujet, demeurée silencieuse. Les dispositions du code du travail (art. L. 1233-57-2 et L. 1233-57-3 c. trav.) ne prévoient expressément aucun contrôle par l'administration, du respect de l'obligation de sécurité à l'occasion de son examen du document unilatéral ou de l'accord collectif portant plan de sauvegarde de l'emploi (PSE). Malgré l'absence de texte, le tribunal des conflits a cependant tranché en 2020, estimant que « dans le cadre d'une réorganisation qui donne lieu à élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi, il appartient à l'autorité administrative de vérifier le respect, par l'employeur, de ses obligations en matière de prévention des risques pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs ; à cette fin, elle doit contrôler, tant la régularité de l'information et de la consultation des institutions représentatives du personnel que les mesures auxquelles l'employeur est tenu en application de l'article L. 4121-1 du Code du travail au titre des modalités d'application de l'opération projetée (Tribunal des conflits, 8 juin 2020, *Syndicat CGT Alstom Grid Villeurbanne c/société Grid Solutions SAS*). Ce contrôle ne peut donc relever du juge judiciaire. Le Conseil d'État a, pour la première fois, consacré cette solution en précisant, dans deux décisions rendues le même jour, le double contrôle que doit opérer l'administration du travail à l'occasion de l'homologation ou de la validation d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Il juge que dans le cadre de son contrôle, l'administration doit vérifier que les élus du comité social et économique ont été informés et consultés sur les risques

psychosociaux susceptibles d'être causés par la réorganisation de l'entreprise à l'origine du PSE. Mais l'administration ne peut se contenter de contrôler la régularité de la procédure d'information et de consultation des représentants du personnel : elle doit également s'assurer que le PSE contient, si nécessaire, les mesures propres à protéger la santé et la sécurité des travailleurs lors de la mise en œuvre de la réorganisation. Dans une première affaire (AFPA), si l'administration avait examiné que les institutions représentatives du personnel avaient bien été informées et consultées sur les risques psychosociaux, elle n'avait pas vérifié que le document unilatéral de l'employeur comportait bien des mesures permettant d'assurer la sécurité et de protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Dans la seconde affaire (L'Équipe), l'administration avait bien procédé à cet examen, mais les juges estiment que le PSE soumis à la DREETS ne comportait aucune mesure propre à protéger les salariés des conséquences sur leur santé physique ou mentale de la cessation de l'activité de l'entreprise. Ainsi, dans ces deux affaires, en l'absence de contrôle administratif des mesures contenues dans le PSE au titre de l'obligation de sécurité, ou en l'absence de mesures suffisantes de prévention des risques psychosociaux alors qu'ils étaient avérés, les décisions administratives homologuant les PSE de ces sociétés devaient être annulées. Autrement dit, les risques pour la santé et la sécurité doivent être précisément pris en compte au sein du PSE et l'administration du travail doit procéder à un contrôle, non seulement au titre de la régularité de la procédure d'information et de consultation du comité social et économique, mais aussi au titre des mesures précisément mises en œuvre par l'employeur et aptes à protéger la santé et la sécurité des salariés. Reste à savoir ce qu'est une mesure précise et concrète propre à protéger la santé et la sécurité des salariés, et quel contrôle l'administration pourra opérer sur ces mesures. En pratique, de nombreux plans de sauvegarde de l'emploi se contentent de mettre en place un "numéro vert", numéro de téléphone permettant aux salariés de contacter un service d'assistance psychologique. Est-ce vraiment satisfaisant ?

****Cass. soc. 29 mars 2023, n°21-15.472 : Le télétravail, mesure de reclassement du salarié inapte**

La mise en place du télétravail relève-t-elle encore de la liberté de l'employeur d'organiser son entreprise ? On peut en douter, après la lecture d'un arrêt du 29 mars 2023 rendu par la Cour de cassation au sujet de l'étendue de l'obligation de reclassement d'un salarié déclaré inapte à reprendre l'emploi occupé précédemment. Dans cette affaire, une secrétaire médicale, employée dans un centre de santé au travail est déclarée inapte à son poste par le médecin du travail. Ce dernier précise dans l'avis d'inaptitude qu'elle pourrait occuper un poste administratif sans déplacement et à temps partiel en télétravail avec aménagement du poste approprié. L'employeur refuse cependant de mettre en œuvre ces préconisations, prétextant qu'il n'existait aucun poste en télétravail au sein de l'association et qu'une telle organisation n'était pas compatible avec son activité qui requiert le respect du secret médical. Il licencie la salariée pour inaptitude et impossibilité de reclassement. Contestant son licenciement, la salariée obtient satisfaction devant une cour d'appel qui juge que l'aménagement de poste de la salariée, par sa transformation en un emploi à domicile, faisait partie intégrante de l'obligation de reclassement incombant à l'employeur. Rejetant le pourvoi de l'employeur, la Haute juridiction rappelle qu'en cas d'inaptitude, « il appartient à l'employeur de proposer au salarié, loyalement, en tenant compte des préconisations et indications du médecin du travail, un autre emploi approprié à ses capacités, aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes existants ou aménagement du temps de travail ». Rappelons que lorsqu'un salarié est déclaré inapte à reprendre l'emploi occupé précédemment, l'employeur doit lui proposer un autre emploi approprié à ses capacités, compte tenu des conclusions écrites du médecin du travail et des indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise. L'emploi proposé est aussi comparable que possible à celui précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations

de poste ou aménagement du temps de travail. Ainsi, comme l'a déjà jugé la Cour de cassation, le télétravail fait partie des mesures de reclassement qui peuvent être préconisées par le médecin du travail (Cass. soc., 2 décembre 2020, n° 19-19.296; Cass. soc., 4 nov. 2021, no 19-18.908). Certes, le télétravail doit en principe être mis en place dans le cadre d'un accord collectif ou, à défaut, dans le cadre d'une charte élaborée par l'employeur après avis du CSE, s'il existe. En l'absence d'accord collectif ou de charte, lorsque le salarié et l'employeur conviennent de recourir au télétravail, ils formalisent leur accord par tout moyen (art. L.1222-9 c. trav.). En revanche, si l'avis d'inaptitude du médecin du travail précise qu'un salarié peut occuper un poste administratif sans déplacement, en télétravail à son domicile, l'employeur ne peut pas s'y opposer au motif que le télétravail n'avait pas été mis en place au sein de l'entreprise.

***** Cass. soc., 8 février 2023, n°20-23.312 et Cass. soc., 8 févr. 2023, n°21-14.451 - Préjudice d'anxiété invoqué contre une entreprise utilisatrice - Reconnaissance d'un préjudice moral lié à l'atteinte à la dignité du salarié**

Une nouvelle pierre vient d'être apportée au régime d'indemnisation des salariés exposés à l'amiante. L'édifice pouvait, pourtant, apparaître complet, en permettant une indemnisation des victimes de l'amiante et de leurs ayants-droits par le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA) et la réparation du préjudice d'anxiété, lorsqu'un salarié exposé à l'amiante - mais aussi à toute autre substance nocive ou toxique générant un risque élevé de développer une pathologie grave - est victime de troubles psychologiques résultant de l'inquiétude permanente du salarié non malade de déclarer à tout moment une maladie (Cass. soc., 11 septembre. 2019, n° 17-24.879 à 17-25.623). Deux décisions méritent cependant l'attention.

Dans une première affaire (Cass. soc., 8 février 2023, n°20-23.312), la Cour de cassation a élargi les possibilités d'indemnisations du préjudice d'anxiété pour les salariés de sociétés sous-traitantes. Ces derniers peuvent désormais engager la responsabilité extracontractuelle d'une entreprise utilisatrice -qui n'est pas leur employeur - au sein de laquelle ils ont travaillé,

dès lors qu'ils démontrent que cette dernière a manqué à ses obligations légales et que ce manquement leur a causé un préjudice. Cette solution paraît justifiée à deux égards. D'une part, si l'obligation de sécurité pèse sur l'employeur (articles L. 4121-1 et L. 4121-2 c. trav.), le code du travail met aussi à la charge de l'entreprise utilisatrice une obligation générale de coordination des mesures de prévention qu'elle prend et de celles que prennent l'ensemble des chefs des entreprises intervenant dans son établissement (articles R. 4511-4, c et R. 4511-6 c. trav.). D'autre part, la Haute juridiction fait preuve de pragmatisme, et indique dans son communiqué, que « cette décision est de nature à assurer la protection des travailleurs intervenant sous des statuts divers dans les locaux d'entreprises utilisatrices. Seules celles-ci connaissent l'historique industriel de leur propre site et la présence éventuelle de substances dangereuses. ». Revenant sur une précédente solution (Cass. soc., 11 janvier 2017, no 15-50.080), la Chambre sociale estime désormais qu'il n'est pas nécessaire que la responsabilité de l'employeur sous-traitant, au titre de son obligation de sécurité, ait été retenue pour que la responsabilité extracontractuelle de l'entreprise utilisatrice soit engagée.

Dans une autre affaire (Cass. soc., 8 février 2023, n°21-14.451), la Cour de cassation reconnaît l'existence d'un préjudice distinct de celui que répare le préjudice d'anxiété. En l'espèce, des salariés ont travaillé sur le site d'une entreprise de l'industrie chimique qui bénéficiait d'une dérogation l'autorisant à poursuivre l'utilisation de l'amiante jusqu'au 31 décembre 2001. Rappelons que l'utilisation de l'amiante est interdite en France depuis le 1^{er} janvier 1997, sauf dérogation exceptionnelle et temporaire. Mais cette entreprise a continué à utiliser de l'amiante en toute illégalité entre 2002 et 2005. Cependant, la demande en réparation du préjudice d'anxiété formée par des salariés était ici prescrite. Cependant, les salariés réclamaient l'indemnisation d'un autre préjudice, causé par le manquement de l'employeur à son obligation de loyauté dans l'exécution du contrat de travail dès lors qu'il a poursuivi la durée de leur exposition au-delà de la durée légalement autorisée. Ainsi, lorsqu'un employeur recourt illégalement à une substance toxique prohibée,

un salarié peut-il se voir reconnaître un préjudice distinct de celui qui répare le préjudice d'anxiété ? Pour la première fois, la Haute juridiction estime que l'utilisation de l'amiante de manière illégale par l'employeur porte atteinte à la dignité des salariés qui y ont été exposés, ce qui justifie une indemnisation distincte de celle accordée au titre du préjudice d'anxiété. Elle juge que « l'atteinte à la dignité de son salarié constitue pour l'employeur un manquement grave à son obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail ». On notera que c'est seulement la seconde fois, depuis un arrêt de 2012 (Cass. soc., 7 février 2012, pourvoi n° 10-18.686, arrêt rendu dans une affaire de résiliation judiciaire en 2012 dans un contexte de harcèlement moral et de comportements portant atteinte à la dignité) que la Chambre sociale recourt à la notion de « dignité » dans un de ses arrêts. Désormais, il y a lieu de distinguer deux préjudices distincts : le préjudice d'anxiété, dont la réparation peut être sollicitée lorsque l'employeur a manqué à son obligation de sécurité (prévue à l'article L. 4121-1 du Code du travail), en utilisant légalement de l'amiante mais sans mettre en place les mesures de prévention nécessaires, et un préjudice moral, dont la réparation peut être sollicitée lorsque l'employeur a manqué à son obligation de loyauté (art. 1221-1 du Code du travail), en utilisant illégalement de l'amiante, commettant ainsi une infraction pénale. Comme le note avec poésie un auteur (P. Adam, Semaine Sociale Lamy 2023 n° 2034), « ce préjudice n'a rien voir avec la peur de demain ; il n'est pas angoisse de l'avenir ou de son devenir. Il est douloureuse et incurable blessure de l'âme d'avoir été trompé et méprisé ».

*****CE 21 mars 2023 N° 459626 (Société Paragon Transaction) - L'impossible rupture conventionnelle collective en cas de cessation d'activité d'une entreprise ou d'un établissement**

Un accord portant rupture conventionnelle collective ne saurait être l'antichambre d'un projet de licenciement collectif. Telle est la solution qui se dégage de l'arrêt *Paragon Transaction* rendu par le Conseil d'État le 21 mars 2023. Depuis une ordonnance du 22 septembre 2017, le code du travail autorise la conclusion d'un accord collectif permettant de

déterminer le contenu d'une rupture conventionnelle collective (RCC), « excluant tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppression d'emplois » (article L.1237-19 c. trav.). Ce mécanisme vise à sécuriser la pratique des plans de départs volontaires. On se souviendra en effet que tous les plans de départs volontaires doivent obligatoirement donner lieu à la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), lorsque l'employeur entend supprimer des emplois, selon la jurisprudence *Renault* de la Cour de cassation (Cass. soc. 26 oct. 2010, n° 09-15.187). Si les plans de départs volontaires dits « autonomes », exclusifs de tout licenciement, ne sont pas soumis à l'obligation de mettre en place des mesures de reclassement interne (le PSE peut se contenter de comporter des mesures de reclassement externe), les plans de départ « mixtes », qui n'excluent pas les licenciements, imposent l'élaboration d'un PSE intégrant des mesures de reclassement externe mais aussi interne. En revanche, le mécanisme de la RCC permet à un employeur de proposer aux salariés de mettre volontairement fin à leur contrat de travail en échange de contreparties fixées dans le cadre d'un accord collectif. Ce mécanisme permet à l'employeur d'échapper à l'obligation de mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi, à la condition que l'autorité administrative (DREETS) valide l'accord collectif portant RCC. Le Conseil d'État a précisé ce contrôle dans une affaire intéressant la société *Paragon Transaction*. En l'espèce, un syndicat demande au tribunal administratif d'annuler pour excès de pouvoir la décision par laquelle l'administration valide l'accord collectif au terme d'un examen prévu par la loi (art. L. 1237-19-3 c. trav.). La Cour administrative d'appel de Versailles annule la décision administrative, au motif que l'employeur projetait de réorganiser ses activités d'imprimerie en France et à ce titre de fermer le site de production de Romorantin avant la signature de l'accord portant RCC validé par l'autorité administrative. Les salariés de ce site n'étaient donc pas en mesure d'espérer un maintien dans leur emploi à l'issue de la période d'application de l'accord collectif portant RCC. Le Conseil d'État, qui rejette le pourvoi formé par l'employeur, rappelle que si un accord portant RCC peut être valablement conclu dans un contexte de difficultés économiques, cet accord

ne peut être validé par l'autorité administrative lorsqu'il est conclu dans le contexte d'une cessation d'activité de l'établissement ou de l'entreprise en cause conduisant de manière certaine à ce que les salariés n'ayant pas opté pour le dispositif de rupture conventionnelle fassent l'objet, à la fin de la période d'application de cet accord, d'un licenciement pour motif économique, et le cas échéant, d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Dans cette situation, l'employeur ne saurait recourir à un accord de RCC mais doit recourir à la procédure de licenciement collectif et mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi. Pour être valable, un accord portant rupture conventionnelle collective doit ménager aux salariés une réelle liberté de partir ou de rester. Pour cela, ils doivent être en mesure d'espérer un maintien dans leur emploi à l'issue de la période d'application de l'accord de RCC. Un employeur ne peut donc pas planifier qu'un accord de RCC sera suivi d'un PSE. La règle selon laquelle la rupture conventionnelle doit exclure tout licenciement est la pierre angulaire du mécanisme de la rupture conventionnelle collective, et restreint les cas dans lesquelles les entreprises peuvent valablement recourir à ce mécanisme.

****Loi du 14 avril 2023 de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023 et Décisions du Conseil constitutionnel, n° 2023-849 DC du 14 avril 2023 et n° 2023-4 RIP du 14 avril 2023.***

Rarement une décision du Conseil constitutionnel n'aura suscité une telle attention. Saisi de la loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023 qui porte réforme des retraites, le Conseil constitutionnel a validé partiellement la loi. Rappelons que la loi du 14 avril 2023, promulguée dans la foulée au terme de débats houleux et dans un contexte de fortes tensions sociales, prévoit un grand nombre de mesures, parmi lesquelles figure en particulier l'allongement - de 62 à 64 ans - de l'âge légal de départ à la retraite. À partir du 1er septembre 2023, cet âge sera progressivement relevé, à raison de trois mois par génération à compter des assurés nés le 1er septembre 1961. L'âge d'ouverture à la retraite sera porté à 63 ans et 3 mois en 2027 (génération 65) pour atteindre 64

ans en 2030 (générations 68 et suivantes). Outre ce report de l'âge de départ à la retraite, la loi modifie aussi la durée de cotisation pour bénéficier d'une retraite à taux plein, durée qui sera portée à 43 ans en 2027, dès la génération née en 1965. En cela, la loi accélère l'application de loi dite "Touraine" du 20 janvier 2014 qui prévoyait un allongement de la durée de cotisation de 42 ans aujourd'hui à 43 ans d'ici 2035, à partir de la génération 1973. Parmi ses nombreuses autres mesures, la loi aménage le dispositif de carrières longues. Ceux qui ont commencé à travailler avant 16 ans pourront partir à 58 ans ; entre 16 et 18 ans à partir de 60 ans et entre 18 et 20 ans à partir de 62 ans. Par amendement, une quatrième borne d'âge a été ajoutée pour que ceux qui ont débuté entre 20 et 21 ans puissent partir à 63 ans. De plus, un plancher de 43 annuités de cotisations a été introduit. En raison des critères cumulatifs à remplir, certaines carrières longues devraient toutefois cotiser plus de 43 ans. La loi allonge le délai de rachat des trimestres d'études supérieures et de stage en entreprise (à des âges qui ne pourront être respectivement inférieurs à 30 et 25 ans) et voté la prise en compte du rachat des trimestres d'apprentissage dans le dispositif carrières longues. La loi revalorise également la retraite minimale à près de 1 200 euros bruts par mois (soit l'équivalent d'au moins 85% du SMIC net) pour une carrière complète cotisée à temps plein au SMIC, en indexant le minimum contributif (MICO) majoré sur le SMIC. Par ailleurs, la loi supprime les principaux régimes spéciaux de retraites (des industries électriques et gazières, de la Régie autonome des transports parisiens (RATP) ; des clercs et employés de notaire, de la Banque de France, des membres du Conseil économique, social et environnemental). Une assurance vieillesse pour les aidants est également créée, afin de mieux prendre en compte la situation des aidants pour la retraite. Le texte fixe un objectif de réduction de moitié des écarts de pension entre les femmes et les hommes à l'horizon 2027 et un objectif de suppression de ces écarts à l'horizon 2050. Il est également garanti aux femmes un minimum de deux trimestres de majoration liée à l'éducation ou l'adoption d'un enfant.

Le Conseil constitutionnel valide partiellement la loi. En premier lieu, il estime que le véhicule

législatif utilisé - la loi de financement rectificative de la sécurité sociale - est conforme à la Constitution, estimant qu'il n'est pas subordonné à l'urgence, à des circonstances exceptionnelles ou à un déséquilibre majeur des comptes sociaux. Les sages estiment qu'il leur incombe seulement de vérifier que la loi comporte les dispositions relevant du « domaine obligatoire » (articles LO 111-3-2 et s. du code de la sécurité sociale : article liminaire, présentation en deux parties recettes/dépenses, rectification des prévisions, des équilibres et des objectifs), et de vérifier que les autres dispositions ne sont pas des « cavaliers sociaux » mais se rattachent bien à l'une des catégories du « domaine facultatif ». Ils considèrent ainsi que si les dispositions relatives à la réforme des retraites, qui ne relèvent pas du domaine obligatoire des lois de financement de la sécurité sociale, auraient pu figurer dans une loi ordinaire, le choix qui a été fait par le gouvernement de les faire figurer au sein d'une loi de financement rectificative ne méconnaît, en lui-même, aucune exigence constitutionnelle. En revanche, certaines mesures sont censurées, car constitutives de cavaliers sociaux : l'index senior (art. 2), le contrat de travail senior (art. 3), le recouvrement des cotisations sociales (art. 6), le droit au départ anticipé pour les fonctionnaires ayant accompli leurs services dans un emploi classé en catégorie active ou super-active pendant les dix années précédant leur titularisation (art. 10, en partie), le suivi individuel spécifique pour les métiers ou particulièrement exposés à certains facteurs de risques professionnels (art. 17 en partie) l'information sur le système de retraite par répartition (et 27).

En deuxième lieu, la procédure utilisée ne heurte, selon les sages de la rue Montpensier, aucune exigence constitutionnelle. Alors que les auteurs du recours faisaient valoir que les délais d'examen prévus à l'article 47-1 de la Constitution ne sont pas applicables à la catégorie particulière des lois de financement rectificatives et ne pouvaient être justifiés par l'urgence de corriger un déséquilibre majeur des comptes de la sécurité sociale, le Conseil constitutionnel écarte cette analyse. Il affirme que « les délais d'examen ainsi prévus sont applicables à la loi de financement de l'année comme aux lois de financement rectificatives, qui modifient en cours d'année les dispositions

de cette dernière, et que l'urgence ne constitue pas une condition de leur mise en œuvre ». De surcroît, les juges ont examiné successivement chaque procédure pour conclure qu'elles avaient été appliquées conformément au règlement des assemblées et qu'aucune n'avait porté atteinte substantielle aux exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire.

En dernier lieu, les sages ont été interrogés sur la constitutionnalité de l'article 10 de la loi prévoyant le report de l'âge légal de départ à la retraite de soixante-deux à soixante-quatre ans ainsi que l'accélération du calendrier de relèvement de la durée d'assurance requise pour l'obtention d'une retraite à taux plein. Ils estiment que l'exigence constitutionnelle résultant du 11^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ») implique la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des travailleurs retraités. Il est cependant possible au législateur, pour satisfaire à cette exigence, de choisir les modalités concrètes qui lui paraissent appropriées, sans pour autant que cela n'aboutisse à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel. Ainsi, le Conseil relève que la loi déferée entend assurer l'équilibre financier du système de retraite par répartition et, ainsi, en garantir la pérennité. Il a notamment tenu compte de l'allongement de l'espérance de vie. Il estime que le législateur a pris des mesures qui ne sont pas inappropriées au regard de l'objectif qu'il s'est fixé et n'a pas privé de garanties légales les exigences constitutionnelles résultant du 11^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946.

On relèvera enfin que dans une autre décision rendue le même jour (Décision n° 2023-4 RIP du 14 avril 2023), le Conseil constitutionnel rejette la demande de référendum d'initiative partagée (RIP). Cette procédure est régie par les troisième à sixième alinéas de l'article 11 de la Constitution et précisée par la loi organique n° 2013-1114 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution. En particulier, rappelons

qu'un référendum portant notamment sur des « réformes » relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation, peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales. Cette initiative prend la forme d'une proposition de loi et ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an. Reste à savoir ce qu'est une « réforme ». Le Conseil constitutionnel avait considéré, dans une décision du 9 mai 2019, que constituait une réforme de la politique économique de la nation une proposition qui visait à ériger en service public national l'exploitation d'Aéroports de Paris. En revanche, il avait jugé, dans une décision du 25 octobre 2022, que ne présentait pas ce caractère une proposition qui visait uniquement à abonder le budget de l'État en augmentant le niveau de l'imposition existante des bénéficiaires de certaines sociétés. En l'espèce, l'article unique de la proposition de loi déferée dans le cadre du RIP, prévoyait que l'âge d'ouverture du droit à une pension de retraite ne peut être fixé au-delà de soixante-deux ans. Problème : l'article L. 161-17-2 du code de la sécurité sociale fixe déjà l'âge d'ouverture du droit à une pension de retraite mentionné à ces mêmes dispositions à soixante-deux ans. Il ne peut donc s'agir d'une réforme, en l'absence de changement de l'état du droit.

****Cass. soc., 1er février 2023, n° 21-15.37 - Vent de liberté sur la détermination conventionnelle des établissements distincts**

La détermination du nombre et du périmètre des établissements distincts en vue de la mise en place de comités sociaux et économiques relève en principe de la négociation d'un accord d'entreprise conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12 du Code du travail, donc avec les délégués syndicaux (art. L. 2313-2 c. trav.). En l'absence d'accord conclu dans les conditions mentionnées à l'article L. 2313-2 et en l'absence de délégué syndical, le nombre et le périmètre des établissements distincts sont négociés par le chef d'entreprise avec le comité social et économique (art. L. 2313-3 c. trav.). Enfin, en l'absence de tout accord, l'employeur fixe le nombre et le périmètre des établissements distincts, compte tenu de

l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel (art. L. 2313-4 c. trav.). Mais quelle est la liberté des négociateurs d'un accord collectif dans la détermination du nombre et du périmètre des établissements distincts dans l'entreprise ? Dans une affaire, la société Air France a signé un accord collectif relatif à la « mise en place des comités sociaux et économiques d'établissement et du comité social économique central d'entreprise au sein de l'entreprise Air France - périmètres des établissements distincts et méthode ». Un établissement issu de cet accord regroupe deux directions compétentes pour trois catégories de salariés : les pilotes, les personnes navigants commerciaux et les personnels commerciaux sédentaires. Contestant cette division, le SPAF (Syndicat des pilotes d'Air France) demande l'annulation de l'accord collectif et la mise en d'un CSE d'établissement réservé aux salariés dont il défend les intérêts. Il fait valoir, dans son pourvoi, que la liberté conventionnelle n'est pas absolue et estime que l'accord collectif doit être de nature à permettre un exercice effectif des attributions du CSE à l'égard de tous les salariés. Dès lors, le syndicat prétend que le découpage opéré par l'accord collectif ne permettait pas que les missions du CSE soient correctement remplies à l'égard des pilotes. Rejetant le pourvoi formé par le syndicat, la Cour de cassation affirme que « les signataires d'un accord conclu selon les conditions mentionnées aux articles L. 2313-2 et L. 2313-3 du code du travail déterminent librement les critères permettant la fixation du nombre et du périmètre des établissements distincts au sein de l'entreprise ». La liberté conférée aux partenaires sociaux est importante, mais (faiblement) limitée puisque les critères doivent être « eu égard au principe de participation consacré par l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », être « de nature à permettre la représentation de l'ensemble des salariés ». Chemin faisant, les partenaires sociaux n'ont aucune obligation de respecter les règles de détermination de l'établissement qui président au découpage unilatéral de l'entreprise par l'employeur, et en particulier le critère de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en ce qui concerne la gestion du personnel et l'exécution du service, fixé par l'article L. 2313-4

c. trav. Une exigence demeure : l'accord doit permettre la représentation de l'ensemble des salariés. En revanche, nulle condition n'est posée concernant l'effectivité de la représentation qui découle de la division conventionnelle de l'entreprise. En cela, comme le relève un observateur (C. Wolmark, Rev. trav. 2023.128), « l'effectivité du droit à la participation ne sort ni garantie ni grandie de l'arrêt du 1er février 2023 ».

Droit fiscal

Tatiana KIEFFER

Magistrat administratif et professeur de droit public et de droit fiscal à l'ISP

**** Conseil d'État, 1er mars 2023, *Ministre de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique et SA L'Air Liquide*, n°s 443678 443800, Absence de caractère discriminatoire du précompte relatif à la distribution, par les sociétés mères, de dividendes en provenance de filiales établies dans un État tiers à l'UE**

A la lumière de l'arrêt de la CJUE du 12 mai 2022 *Schneider Electric et autres* (C-556/20), si les sociétés mères doivent s'acquitter du précompte prévu à l'article 223 sexies du code général des impôts lorsqu'elles redistribuent des dividendes en provenance de filiales établies dans un État tiers alors que le droit de l'UE s'oppose au prélèvement d'un tel précompte pour les redistributions provenant de filiales établies dans un État membre de l'UE, le Conseil d'État juge qu'il ne s'agit pas d'une discrimination contraire aux stipulations combinées de l'article 14 de la CEDH et de l'article 1er de son premier protocole.

Enfin, malgré l'interdiction portée par le droit de l'UE au prélèvement d'un précompte à raison de la redistribution de produits de filiales établies dans un État membre de l'Union autre que la France, le Conseil d'État considère qu'il est possible de tenir compte des éléments portés dans une déclaration de précompte afin de déterminer l'assiette du précompte dans les cas où celui-ci serait exigible.

*** CE, 31 mars 2023, *Électricité de France*, n° 455199, La perte finale du combustible non irradié lors de l'arrêt définitif d'un réacteur nucléaire constitue un accroissement des charges d'exploitation**

Dans cette affaire, le Conseil d'État était saisi de la question de la nature comptable de la perte de combustible non totalement irradié lors de la mise à l'arrêt définitif d'un réacteur nucléaire (dite « *part amont* » du « *dernier cœur* »). La société EDF soutenait que le coût résultant de cette perte constituait un passif existant dès le début de l'exploitation du réacteur, et devait en contrepartie donner lieu à l'inscription d'un actif amortissable. Elle avait donc sollicité, à ce titre, sur le fondement de l'article 39 ter C et, à titre subsidiaire, du 2° de l'article 39 du code général des impôts, des réductions d'impôt sur les sociétés et de contribution additionnelle correspondant à l'amortissement de cet actif sur toute la durée de l'exploitation du réacteur.

Toutefois, le Conseil d'État juge, en premier lieu, que le coût de la « *part amont* » du « *dernier cœur* » correspond à la valeur comptable résiduelle du combustible non totalement irradié présent dans le réacteur à la date de son arrêt définitif. La mise au rebut de ce combustible est en général rendue nécessaire par des exigences techniques s'appliquant à la suite de la mise à l'arrêt, laquelle résulte d'une obligation prévisible dès la mise en service du réacteur, même si sa date est fixée par une décision ultérieure de l'autorité administrative, après, le cas échéant, demande de la société et avis de l'Autorité de sûreté nucléaire. Cette mise au rebut est comptablement matérialisée par la sortie de la valeur du « *dernier cœur* » de l'actif via une charge. Il ne saurait par suite être analysé que comme un accroissement des charges d'exploitation de la dernière période du cycle d'exploitation - débutant à la date à laquelle ont été chargés dans le réacteur les plus anciens des éléments de combustible non totalement irradiés encore présents à la date de son arrêt définitif.

En second lieu, le Conseil d'État estime que cet accroissement des charges d'exploitation, d'une part, correspond à une dépense engagée et financée, au moins en partie, avant le début des dernières périodes du cycle d'exploitation et,

pour le reste, au plus tard au cours de ces périodes et n'entraîne ainsi aucune sortie concomitante de trésorerie qui serait postérieure à la fin du cycle d'exploitation du réacteur. D'autre part, les produits d'exploitation attendus au cours des dernières périodes précédant la mise à l'arrêt du réacteur constituent une contrepartie au moins équivalente aux charges d'exploitation ainsi majorées. Ainsi, la « *part amont* » du « *dernier cœur* » ne saurait être regardée comme une sortie de ressources sans contrepartie au moins équivalente, qui résulterait de la réalisation de l'obligation de mise à l'arrêt des réacteurs nucléaires née dès la date de leur mise en service. Par suite, la perte finale du combustible non totalement irradié ne constitue pas un passif, susceptible d'être comptabilisé pour son montant estimé et, le cas échéant, de donner lieu à l'amortissement d'un actif comptabilisé en contrepartie, pour un montant égal, dès la date de mise en service du réacteur.

En conséquence, la société EDF ne peut, pour la détermination de son bénéfice imposable, solliciter la déduction des amortissements de l'actif de contrepartie qu'elle aurait été conduite à comptabiliser pour un montant égal au passif allégué.

Droit administratif

Tatiana KIEFFER

Magistrat administratif et professeur de droit public et de droit fiscal à l'ISP

**** Conseil d'État, 10 février 2023, Communauté d'agglomération Grand Paris Sud Seine-Essonnes-Sénart, n° 443616, Réintégration d'un agent détaché sur un emploi fonctionnel dans un corps correspondant à son grade**

La fin du détachement d'un fonctionnaire territorial occupant un emploi fonctionnel répond aux règles spéciales prévues à l'article 53 de la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, aujourd'hui codifié aux articles L. 544-1 et suivants du code de la fonction publique. Ce régime doit être lu en combinaison avec les dispositions de l'article 67 de cette

même loi qui fixe le régime général des détachements des fonctionnaires territoriaux.

Il résulte de la lecture combinée de ces dispositions que lorsque le fonctionnaire a été détaché sur un emploi fonctionnel dans une autre collectivité, il appartient en principe à la collectivité ou à l'établissement d'origine de réintégrer cet agent dans un corps ou cadre d'emplois correspondant à son grade. Lorsque la collectivité ou l'établissement ne peut lui offrir un emploi correspondant à son grade, l'article 53 précité permet au fonctionnaire de demander (sous certaines conditions) un reclassement, un congé spécial ou une indemnité de licenciement. En outre, le bénéfice de l'une des facultés qui lui sont offertes par l'article 53 de la loi de 1984 a pour effet de rendre inapplicables les dispositions de l'article 67 de cette même loi, qui fixe le régime général des détachements des fonctionnaires territoriaux.

**** Conseil d'État, 24 février 2023, Syndicat national de la publicité extérieure, n° 468221, Illégalité du décret ne prévoyant pas des mesures transitoires garantissant le principe de sécurité juridique**

L'article R. 581-35 du code de l'environnement modifié par le décret du 5 octobre 2022 relatif à la publicité extérieure a généralisé la règle d'extinction nocturne des publicités lumineuses dans l'ensemble des communes, entre 1 heure et 6 heures, avec une entrée en vigueur le lendemain de la publication du décret.

Le Conseil d'État rappelle que l'exercice du pouvoir réglementaire implique pour son détenteur la possibilité de modifier à tout moment les normes qu'il définit sans que les personnes puissent invoquer un droit au maintien de la réglementation existante. En principe, les nouvelles normes ont ainsi vocation à s'appliquer immédiatement, dans le respect des exigences attachées au principe de non-rétroactivité des actes administratifs.

Toutefois, dans le prolongement de la jurisprudence *KPMG* (24 mars 2006 n° 288460), le Conseil d'État a rappelé qu'il incombe au pouvoir réglementaire, agissant dans les limites de sa compétence et dans le respect des règles qui s'imposent à elle, d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, cette réglementation

nouvelle. Il en va ainsi lorsque l'application immédiate de celle-ci entraîne, au regard de l'objet et des effets de ses dispositions, une atteinte excessive aux intérêts publics ou privés en cause.

Dans ces conditions, le Conseil d'État a annulé le décret en tant qu'il n'a pas différé d'un mois l'entrée en vigueur de l'obligation généralisée d'extinction nocturne des publicités lumineuses.

Procédure Administrative

Contentieuse

Tatiana KIEFFER

Magistrat administratif et professeur de droit public et de droit fiscal à l'ISP

*** CE, 3 février 2023, Mme B. A., n° 451052, Recevabilité du recours dirigé contre les prises de position d'un ministère**

Dans cette affaire, le Conseil d'État fait une nouvelle application de sa jurisprudence *Gisti* du 16 juin 2020 en matière de recours contre des actes de droit souple.

Le Conseil d'État rappelle que les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre. Ont notamment de tels effets ceux de ces documents qui ont un caractère impératif ou présentent le caractère de lignes directrices.

En l'espèce, le ministère de l'économie, des finances et de la relance avait publié sur son site internet une nouvelle version, mise à jour le 23 mars 2021, de la « foire aux questions » relative au fonds de solidarité en faveur des entreprises institué par l'ordonnance du 25 mars 2020. Au point 12 de la partie « *Puis-je en bénéficier ?* » de ce document, à la question formulée de la façon suivante : « *Les loueurs en meublés non professionnels sont-ils éligibles au fonds de solidarité ?* », est apportée la réponse suivante : « *Non, les loueurs en meublés non professionnels*

ne sont pas éligibles au fonds ». Cette version de la « foire aux questions » ne contenait pas d'autres précisions sur la situation des loueurs en meublé.

Le Conseil d'État juge que, par cette question, les services du ministre de l'économie, des finances et de la relance ont fait part de leur interprétation de l'ordonnance du 25 mars 2020 ainsi que du décret du 30 mars 2020, dans sa rédaction issue du décret du 8 février 2021, pris pour son application. Eu égard à sa teneur, cette interprétation du droit positif, émise par les services chargés d'instruire les demandes d'aides au titre du fonds de solidarité puis de procéder, le cas échéant, au versement de ces aides, est susceptible de produire des effets notables sur la situation des personnes qui souhaitent bénéficier des mesures de soutien mises en place. Le Conseil d'État en conclut que le recours dirigé contre cette question est donc recevable.

**** CE, 10 février 2023, associations Shri Ram Chandra Mission France (SRCM) et Institut Heartfulness, n° 456954, Irrecevabilité des recours dirigés contre les mises en gardes et les prises de position de la Miviludes**

Dans cette affaire, le Conseil d'État fait une nouvelle application de sa jurisprudence *Gisti* du 16 juin 2020 en matière de recours contre des actes de droit souple.

Il rappelle que les mises en garde et prises de position adoptées par la mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (Miviludes) dans son rapport annuel d'activité ou sur tout autre support qu'elle rend public, de même que le refus de les supprimer, de les modifier ou de les rectifier, ne peuvent être déférées au juge de l'excès de pouvoir par une personne, justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, que si elles sont de nature à produire à son égard des effets notables ou sont susceptibles d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles elles s'adressent.

En l'espèce, et d'une part, le Conseil d'État juge que si le rapport annuel d'activité 2003 de la Miviludes reprochait au groupe Shri Ram Chandra Mission, en des termes affirmatifs, d'exercer une emprise psychologique sur ses membres par un contrôle pesant de leur

comportement privé et par un conditionnement de leurs enfants, il ne peut plus être regardé, à la date de la présente décision, comme susceptible d'influer de manière significative sur les comportements ou comme produisant des effets notables, eu égard à son ancienneté, à l'absence de reprise ou de référence à ces constats précis dans des publications plus récentes de la Miviludes et aux conditions de sa publication sur le site de celle-ci.

D'autre part, les passages contestés du rapport d'activité 2016-2017 de la Miviludes se bornent à informer le public des risques que présentent des propositions émanant d'individus isolés ou de petites structures gravitant autour d'organisations internationales comme la Shri Ram Chandra Mission, sans exprimer de mise en garde ou prise de position concernant les associations requérantes elles-mêmes. Le simple rappel, dans une note de bas de page, de ce que la Shri Ram Chandra Mission a fait l'objet de « *plusieurs signalements défavorables* » auprès de la Miviludes, sans porter d'appréciation sur le bien-fondé de ces signalements, ne traduit pas davantage de prise de position. Ces mentions ne peuvent donc être regardées comme susceptibles d'influer de manière significative sur les comportements ou comme produisant des effets notables.

Enfin, les passages contestés du rapport annuel d'activité de la Miviludes 2018-2020 recensent les « *mouvements ou techniques qui ont suscité le plus d'interrogations sur les 3 dernières années* ». Si la Shri Ram Chandra Mission et le Heartfulness figurent parmi les quinze mouvements énumérés, le rapport indique seulement que ces derniers « *présentent à des titres et des degrés divers des risques pour les adeptes* », dont une typologie globale est dressée, sans que ces risques soient spécifiquement associés aux associations requérantes ni que des faits précis leur soient imputés ou qu'une mise en garde soit explicitement formulée. Le document comporte enfin des « *pistes de développement de la prévention des risques* » visant notamment à une meilleure connaissance de ces derniers. Ces informations générales et l'expression d'« *interrogations* » sur les risques auxquels le public est susceptible d'être exposé dans ses relations avec des structures proposant des activités de méditation et de yoga, si elles incitent les

lecteurs à faire preuve de vigilance à ce titre, ne sont pas susceptibles d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles elles s'adressent à l'égard des requérants et ne sont pas de nature à produire des effets notables à leur égard justifiant qu'elles puissent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Le Conseil d'État en conclut que les requêtes sont irrecevables.

**** CE, 23 février 2023, M. E., n° 465061, Recevabilité du recours en opposition contre le décret autorisant un changement de nom pris pour l'exécution d'une décision juridictionnelle annulant le refus initialement opposé à ce changement de nom**

Mme B. D. avait fait une demande de changement de nom auprès du Garde des sceaux, qui l'avait rejetée. Elle a alors formé un recours en excès de pouvoir contre ce refus devant le tribunal administratif, puis la cour administrative d'appel, qui a annulé ce refus et enjoint au Garde des sceaux de présenter au Premier ministre un projet de décret autorisant le changement de nom sollicité. Par un décret du 22 avril 2022, Mme B. D. a été autorisée à changer son nom en celui de « D. E. ».

M. E. a formé un recours en opposition contre ce décret sur le fondement de l'article 61-1 du code civil, aux termes duquel « *Tout intéressé peut faire opposition devant le Conseil d'État au décret portant changement de nom dans un délai de deux mois à compter de sa publication au Journal officiel* ».

S'agissant de la recevabilité de ce recours, le Conseil d'État juge que la circonstance que le décret autorisant un changement de nom ait été pris pour l'exécution d'une décision du juge administratif annulant pour excès de pouvoir le refus initialement opposé à la demande tendant à ce changement, quel que soit le motif de cette annulation, y compris si elle est devenue définitive, ne fait pas obstacle à la faculté, pour tout intéressé, de former contre ce décret le recours en opposition régi par les dispositions de l'article 61-1 du code civil et d'invoquer tous moyens à l'appui de ce recours.

*** CE, 17 février 2023, association pour la qualité de vie à Pléneuf-Val-André, n° 450707, Absence d'obligation pour le juge de rouvrir l'instruction suite au désistement de l'une des parties**

Le Conseil d'État était saisi d'un recours en cassation dirigé contre un arrêt de la cour administrative d'appel. Devant la cour administrative d'appel, et postérieurement à la clôture d'instruction, l'association requérante s'était désistée de ses conclusions et la commune défenderesse avait accepté ce désistement. Toutefois, la cour administrative d'appel n'a pas tenu compte de ce désistement et a statué sur les conclusions de la requérante. Le Conseil d'État rappelle que s'il était loisible à la cour administrative d'appel de rouvrir l'instruction, en application de l'article R. 613-4 du code de justice administrative, pour communiquer le désistement et en donner acte, elle n'avait pas, dans un tel cas, l'obligation de faire usage des pouvoirs qu'elle détient. Elle n'a ainsi commis aucune irrégularité en statuant en l'état du dossier à la date de clôture de l'instruction et en décidant sur les conclusions de la demande.

*** CE, 1^{er} mars 2023, M. S. et autres, n° 462648, Inopérance des moyens de forme et de procédure en matière d'exception d'illégalité, y compris lorsque le délai de recours contre cet acte n'est pas expiré**

Le Conseil d'État fait une application de sa jurisprudence du 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, n° 414583.

Il rappelle que si, dans le cadre d'une contestation d'un acte réglementaire par voie d'exception, la légalité des règles fixées par l'acte réglementaire, la compétence de son auteur et l'existence d'un détournement de pouvoir peuvent être utilement critiquées, il n'en va pas de même des conditions d'édiction de cet acte, les vices de forme et de procédure dont il serait entaché ne pouvant être utilement invoqués que dans le cadre du recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'acte réglementaire lui-même.

Il en conclut que l'invocation par voie d'exception d'un vice de procédure entachant une délibération est inopérante, alors même qu'à la date à laquelle le moyen a été soulevé, le délai de recours contentieux contre cette délibération n'était pas expiré.

*** CE, 1^{er} mars 2023, Pôle emploi, n° 455880, Le litige portant sur le droit à l'inscription sur la liste des demandeurs d'emploi relève du plein contentieux**

Lorsqu'il statue sur un recours dirigé contre une décision par laquelle l'administration, sans remettre en cause des versements déjà effectués, détermine les droits d'une personne en matière d'aide ou d'action sociale, de logement ou au titre des dispositions en faveur des travailleurs privés d'emploi, et sous réserve du contentieux du droit au logement opposable, il appartient au juge administratif, eu égard tant à la finalité de son intervention qu'à sa qualité de juge de plein contentieux, non de se prononcer sur les éventuels vices propres de la décision attaquée, mais d'examiner les droits de l'intéressé, en tenant compte de l'ensemble des circonstances de fait qui résultent de l'instruction et, notamment, du dossier qui lui est communiqué en application de l'article R. 772-8 du code de justice administrative.

Au vu de ces éléments, il lui appartient d'annuler ou de réformer, s'il y a lieu, cette décision, en fixant alors lui-même tout ou partie des droits de l'intéressé et en le renvoyant, au besoin, devant l'administration afin qu'elle procède à cette fixation pour le surplus, sur la base des motifs de son jugement.

Dans le cas d'un contentieux portant sur le droit à l'inscription sur la liste des demandeurs d'emploi, qui relève des dispositions en faveur des travailleurs privés d'emploi, c'est au regard des dispositions applicables et de la situation de fait existant au cours de la période en litige que le juge doit statuer (cf CE, 3 mai 2019, n° 423001).

*** CE, 15 mars 2023, Mme J., n° 452953, Annulation d'une décision juridictionnelle par le juge de cassation sur le moyen le plus approprié pour statuer sur le pourvoi**

Le Conseil d'État étend sa jurisprudence du 21 décembre 2018, *Société Eden*, n° 409678 au juge de cassation.

Il estime qu'il annule, sur le fondement de l'article L. 821-1 du code de justice administrative, une décision juridictionnelle rendue en dernier ressort, il lui revient de fonder l'annulation sur le moyen relatif à la régularité ou au bien-fondé de la décision juridictionnelle

contestée, soulevé devant lui ou d'ordre public, qui lui paraît, eu égard à son office de juge de cassation, le plus approprié pour statuer sur le pourvoi.

Il n'est pas tenu, pour faire droit aux conclusions d'annulation dont il est saisi, de se prononcer sur d'autres moyens que celui ou ceux qu'il retient explicitement comme étant fondés, ni de se conformer à la hiérarchie de ses prétentions éventuellement faite par l'auteur du pourvoi en fonction de la cause juridique sur laquelle elles reposent.

***** CE, 27 mars 2023, Section française de l'Observatoire international des prisons n° 452354, Ordonnance du juge des référés considérée comme exécutée lorsque l'administration a pris des mesures équivalentes à celles qui lui ont été enjointes**

Par une ordonnance du 19 février 2020, le juge des référés du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie avait enjoint à l'administration pénitentiaire, à la demande de la section française de l'Observatoire international des prisons (SFOIP), sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, de prendre une série de mesures visant à améliorer les conditions de détention (mise aux normes des installations électriques, cessation des manquements à l'hygiène, etc...), sous astreinte.

Le Conseil d'État était saisi à nouveau par la SFOIP, sur le fondement de l'article L. 911-4 du code de justice administrative, en exécution de l'ordonnance rendue par le juge des référés.

Le Conseil d'État rappelle que si le juge de l'exécution saisi, sur le fondement de l'article L. 911-7 du code de justice administrative, aux fins de liquidation d'une astreinte précédemment prononcée peut la modérer ou la supprimer, même en cas d'inexécution constatée, compte tenu notamment des diligences accomplies par l'administration en vue de procéder à l'exécution de la chose jugée, il n'a pas le pouvoir de remettre en cause les mesures décidées par le dispositif de la décision juridictionnelle dont l'exécution est demandée.

Toutefois, si l'administration justifie avoir adopté, en lieu et place des mesures provisoires

ordonnées par le juge des référés, des mesures au moins équivalentes à celles qu'il lui a été enjoint de prendre, le juge de l'exécution peut, compte tenu des diligences ainsi accomplies, constater que l'ordonnance du juge des référés a été exécutée.

En l'espèce, l'ordonnance du juge des référés avait notamment enjoint au garde des sceaux d'installer des moustiquaires dans les salles d'enseignement d'une prison, installation à laquelle l'administration n'a pas procédé. Le ministre de la justice a fait valoir que les salles d'enseignement ont été équipées d'une climatisation mise en marche un quart d'heure avant le début des cours et fonctionnant durant toute la durée de la classe. Si le ministre allègue de l'efficacité d'une telle mesure pour limiter l'impact des moustiques durant les cours, il n'apporte pas d'éléments établissant que celle-ci a des effets au moins équivalents aux mesures que l'ordonnance lui a enjoint de mettre en œuvre. Le Conseil d'État conclut qu'il ne peut, dans ces conditions, être regardé comme ayant en l'espèce pleinement exécuté cette ordonnance.

**** CE, 21 mars 2023, M. B. C., n° 456347, obligations incombant au président d'une formation de jugement en présence d'agissements perturbant le déroulement des débats**

Le Conseil d'État rappelle que les articles R. 731-1 et R. 731-2 du code de justice administrative attribuent au président de la formation de jugement la police de l'audience, en vue que soient garanties la sérénité et la dignité des débats, qui contribuent au caractère équitable du procès. Lorsqu'une partie, ou toute autre personne présente à l'audience, perturbe le déroulement des débats, il appartient au président de la formation de jugement, au titre des pouvoirs que lui confère ainsi le code de justice administrative, d'ordonner qu'elle mette fin immédiatement à ses agissements, sous peine d'être expulsée de la salle d'audience.

La circonstance que le président d'une formation de jugement fasse, en présence de tels agissements, usage de ses pouvoirs de police conformément aux articles R. 731-1 et R. 731-2, n'est pas, en elle-même, de nature à affecter la

régularité de la décision juridictionnelle rendue à l'issue de cette audience.

Par ailleurs, lorsque les agissements de cette partie - ou de toute autre personne - lors de l'audience sont également susceptibles d'être regardés comme relevant d'une qualification pénale, telle celle d'outrage à magistrat prévue par l'article 434-24 du code pénal, il convient que le président de la formation de jugement en informe le chef de la juridiction, de façon à ce qu'il puisse signaler, s'il y a lieu, ces agissements au procureur de la République. Tout magistrat de cette formation de jugement qui s'estimerait victime de tels agissements peut également porter directement plainte contre l'auteur des faits ou exercer les droits que le code de procédure pénale, à ses articles 1er et 2, accordent à la victime d'une infraction pénale, en ce qui concerne l'engagement de l'action publique et de l'action civile.

Toutefois, dans un tel cas, dès lors que la personne dont les agissements sont mis en cause est partie à une affaire sur laquelle ce magistrat est appelé à délibérer, afin de ne pas créer dans le chef de cette partie un doute sur son impartialité à juger son affaire, il appartient au président de la formation de jugement de rayer l'affaire du rôle de l'audience, de façon à ce qu'elle puisse être examinée à une autre audience, devant une formation de jugement à laquelle le magistrat ne participe pas.

En l'espèce, le requérant n'est pas fondé à soutenir que l'arrêt qu'il attaque, rejetant son appel, est entaché d'irrégularité, en ce que le président de la formation de jugement qui l'a rendu a exercé à son encontre, lors de l'audience où son affaire a été appelée et, d'ailleurs, après que l'affaire ait été mise en délibéré, et alors qu'il perturbait les débats et avait une attitude qui n'était ni digne ni respectueuse de la justice, de ses magistrats et de ses greffiers, les prérogatives que lui attribue le code de justice administrative au titre de la police de l'audience. En revanche, celui-ci est fondé à soutenir que, dès lors que le président de la même formation de jugement a immédiatement après la fin de l'audience porté plainte contre lui à raison de son comportement à l'audience, l'arrêt qu'il attaque, qui a été rendu postérieurement à ce dépôt de plainte, après qu'il eut été délibéré sur le litige

par une formation de jugement présidée par le même magistrat administratif, est entaché d'irrégularité.

**** CE, 30 mars 2023, M. A. B., n° 453389, La communication d'une fin de non-recevoir soulevée dans un mémoire en défense ne permet pas de rejeter une requête comme manifestement irrecevable sans avoir invité le requérant à la régulariser**

Le Conseil d'État rappelle que Les requêtes manifestement irrecevables qui peuvent être rejetées par ordonnance en application des dispositions de l'article R. 222-1 du code de justice administrative sont celles dont l'irrecevabilité ne peut en aucun cas être couverte, celles qui ne peuvent être régularisées que jusqu'à l'expiration du délai de recours, si ce délai est expiré, et celles qui ont donné lieu à une invitation à régulariser, si le délai que la juridiction avait imparti au requérant à cette fin, en l'informant des conséquences qu'emporte un défaut de régularisation comme l'exige l'article R. 612-1 du code de justice administrative, est expiré.

En revanche, ces dispositions n'ont ni pour objet ni pour effet de permettre un rejet par ordonnance lorsque la juridiction s'est bornée à communiquer au requérant le mémoire par lequel une partie adverse a opposé à la requête une fin de non-recevoir tirée d'une irrecevabilité susceptible d'être encore régularisée, en lui indiquant le délai dans lequel il lui serait loisible de répondre, alors même qu'elle aurait fixé une date de clôture d'instruction. En pareil cas, la requête ne peut être rejetée pour cette irrecevabilité que par une décision prise après audience publique.

En l'espèce, le tribunal administratif avait rejeté comme manifestement irrecevable, par une ordonnance prise sur le fondement du 4° de l'article R. 222-1 du code de justice administrative, la demande de M. B. en retenant, postérieurement à la clôture de l'instruction, la fin de non-recevoir opposée en défense tirée de ce que le demandeur ne justifiait pas d'un intérêt pour agir. Ainsi, sans avoir au préalable invité le requérant à régulariser sa requête en apportant les précisions permettant d'en apprécier la recevabilité au regard des exigences de l'article L. 600-1-2 du code de l'urbanisme, et sans l'avoir

informé des conséquences qu'emporterait un défaut de régularisation dans le délai imparti comme l'exige l'article R. 612-1 du code de justice administrative, le juge a commis une erreur de droit.

Droit international privé

Mathieu VIOLETTE

Professeur de droit international privé
à l'ISP

**** Cass. 1re civ., 30 nov. 2022, n° 21-17.043 : refus de transcription du mariage des époux, double nationalité**

Un époux Algérien et une épouse Franco-Algérienne se marient en Algérie devant une autorité locale. Cependant, la seconde était âgée de 17 ans le jour de la célébration. En France, le procureur de la République s'oppose à la transcription, et les juges du fond refusent de prononcer la mainlevée. La Cour de cassation a l'occasion de réitérer une solution classique – mais importante – quant au conflit de nationalités, et de renseigner les juristes quant au contrôle de conventionnalité opéré sur ce mariage *in concreto*. D'une part, la question du conflit de nationalité apparaît par le prisme de la nécessité d'appliquer la loi nationale à l'épouse pour déterminer l'âge légal du mariage pour elle. De longue date, la Cour régulatrice fait prédominer la nationalité française sur toute nationalité étrangère, sans exiger une recherche de la plus grande effectivité de la première par rapport à la seconde (depuis Cass. 1re civ., 17 juin 1968). Cette manière de résoudre le conflit ne cède que devant les nécessités du droit de l'UE, la jurisprudence de la CJUE fondée sur les principes de libre circulation et de non-discrimination imposant de tenir compte de la volonté des intéressés. La Cour de cassation réaffirme ici très nettement sa solution traditionnelle, hors cadre UE : « *Il résulte des principes généraux du droit international que, lorsqu'une personne possède la nationalité française et celle d'un État tiers, non membre de l'Union européenne, elle reste, par l'effet de sa nationalité française, soumise à la loi française que, sauf convention internationale en sens contraire, le juge français saisi doit prendre seule*

en considération ». On doit en déduire que la Cour n'entend pas infléchir sa position. D'autre part, se pose la question de la marge de manœuvre laissée au juge français pour refuser la transcription d'un mariage, face aux exigences du droit au respect de la vie privée et familiale, surtout après plusieurs années et la naissance d'un enfant. En cela, cet arrêt doit s'apprécier au regard de la décision du 4 décembre 2013 (Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.066) où la Cour de cassation affirmait que le prononcé de la nullité d'un mariage incestueux pouvait constituer une ingérence injustifiée dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale. Mais, dans les relations internationales, elle fait preuve de moins d'égards : « *Ayant constaté, tant par motifs propres qu'adoptés, que ni la validité du mariage des époux en Algérie ni son exercice et ses effets efficients n'étaient contestés, et que ceux-ci, mariés depuis plus de quatre ans, avaient eu ensemble au moins un enfant et vivaient en famille dans une localité française où ils étaient domiciliés, la cour d'appel, devant qui les intéressés n'expliquaient pas en quoi, de manière concrète, le refus de transcription de leur mariage portait une atteinte disproportionnée à leur droit au respect de leur vie privée et familiale, a légalement justifié sa décision* ». Autrement dit, il ne suffit pas de se plaindre qu'un refus a été opposé à la transcription, abstraitement : il faut que les demandeurs présentent au juge les raisons concrètes pour lesquelles leurs droits se retrouvent spécialement entravés... et que ces explications convainquent le juge ! Une position sévère quand on la compare avec la décision de 2013 précitée.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat judiciaire, enseignant en droit pénal et procédure pénale à l'ISP

I. – ACTUALITÉ NORMATIVE

** Décret n° 2023-227 du 30 mars 2023 relatif à la contravention d'outrage sexiste et sexuel

La loi n° 2023-22 du 24 janvier 2023, d'orientation et de programmation du ministère

de l'intérieur, a créé un nouvel article 222-33-1-1 dans le Code pénal dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1^{er} avril 2023. Depuis cette date, ce nouvel article érige en délit l'infraction d'outrage sexuel et sexiste aggravé qui constituait antérieurement la contravention de la 5^{ème} classe d'outrage sexiste aggravé (ancien article 621-1, III, du Code pénal).

Le décret n° 2023-227 du 30 mars 2023, relatif à la contravention d'outrage sexiste et sexuel, est, quant à lui, également entré en vigueur le 1^{er} avril 2023 et a inséré dans le Code pénal un article R. 625-8-3 incriminant la contravention d'outrage sexiste non aggravé qui est devenue une contravention de la 5^{ème} classe. Elle constituait auparavant une contravention de la 4^{ème} classe (ancien article 621-1, I et II, du Code pénal).

L'ensemble de ces nouvelles dispositions, de fond et plus sévères, ne sauraient s'appliquer aux faits commis antérieurement à leur entrée en vigueur par application du principe de la non-rétroactivité *in pejus* (article 112-1 du Code pénal).

II. – ACTUALITÉ JURISPRUDENTIELLE

** Cass. crim., 14 février 2023, n° 21-85.689 : une peine de jours-amende est moins sévère qu'une peine d'emprisonnement intégralement assortie d'un sursis simple

Dans cet arrêt du 14 février 2023, la Chambre criminelle rappelle, d'une part, qu'il résulte de l'article 515, alinéa 2, du Code de procédure pénale que la Cour d'appel ne peut, sur le seul appel du prévenu, aggraver le sort de l'appelant et, d'autre part, qu'aux termes des dispositions de l'article 131-3 du Code pénal, l'emprisonnement précède le jour-amende dans la hiérarchie des peines correctionnelles.

Or, en l'espèce, les premiers juges avaient condamné le prévenu, des chefs d'infractions d'affaires, à titre de peine principale, à deux cents jours-amende d'un montant unitaire de 50 euros, tandis que la Cour d'appel, saisie du seul appel du prévenu, avait infirmé le jugement sur cette peine principale en prononçant un emprisonnement d'une durée de trois mois avec sursis. Selon la haute juridiction judiciaire, en statuant ainsi, alors que le ministère public n'avait pas interjeté appel de la décision

entreprise, les juges du second degré ont méconnu le sens et la portée des textes susvisés.

Il se déduit de cette décision que la peine de jours-amende doit être considérée comme moins sévère qu'une peine d'emprisonnement même intégralement assortie d'un sursis simple.

**** Cass. crim., 21 février 2023, n° 22-86.760 : une mesure d'interdiction d'exercer l'activité professionnelle d'artiste doit être conforme à la liberté d'expression**

En l'espèce, un mis en examen des chefs, notamment, de viol et agression sexuelle aggravés, abus de faiblesse et corruption de mineur, avait été placé sous contrôle judiciaire. Le juge d'instruction avait modifié ce contrôle judiciaire, y ajoutant notamment les interdictions de toute apparition et représentation publiques dans le cadre de l'activité artistique de l'intéressé ainsi que de toute activité impliquant un contact avec des mineurs, ce qui avait été confirmé par la Chambre de l'instruction.

Dans son arrêt du 21 février 2023, la Chambre criminelle affirme qu'il revenait aux juges du fond de vérifier si l'interdiction professionnelle imposée au mis en examen dans le cadre du contrôle judiciaire ne constituait pas une atteinte disproportionnée à sa liberté d'expression, telle qu'elle est garantie par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme. En effet, l'interdiction faite à une personne mise en examen, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, de se livrer à tout ou partie de son activité professionnelle d'artiste constitue une ingérence dans sa liberté d'expression et entre dès lors dans le champ de cet article.

Pour autant, l'arrêt n'encourt pas la censure dès lors que l'interdiction prononcée répond aux conditions posées par le second paragraphe de la disposition précitée. En effet, d'une part, l'interdiction est prévue par la loi et répond aux objectifs de sûreté publique et de protection de l'ordre. D'autre part, elle est proportionnée en ce qu'elle est temporaire, l'intéressé pouvant, en outre, à tout moment, en demander la mainlevée dans les conditions de l'article 140 du Code de procédure pénale, qu'elle est prononcée à titre de mesure de sûreté et ne porte que sur certaines modalités d'exercice de son activité artistique.

**** Cass. crim., 22 février 2023, n° 22-85.078 : en cas de recours à la procédure de jugement en audience unique, le versement du rapport éducatif datant de moins d'un an doit intervenir avant l'audience du tribunal pour enfants**

Dans cet arrêt du 22 février 2023, la Chambre criminelle rappelle qu'il résulte de l'article L. 423-4 du Code de la justice pénale des mineurs que la poursuite d'un mineur devant le tribunal pour enfants aux fins de jugement en audience unique suppose, en principe, d'une part, que l'intéressé ait déjà fait l'objet d'une mesure éducative, d'une mesure judiciaire d'investigation éducative, d'une mesure de sûreté, d'une déclaration de culpabilité ou d'une peine et, d'autre part, qu'ait été établi à l'occasion de l'exécution de cette mesure un rapport éducatif datant de moins d'un an.

La Cour de cassation en déduit qu'en l'absence de ce versement avant l'audience, la juridiction n'est pas valablement saisie et doit renvoyer le ministère public à mieux se pourvoir. En revanche, elle affirme qu'il importe seulement que le versement du rapport à la procédure intervienne avant l'audience du tribunal, de sorte que l'absence de versement dudit rapport lors du défèrement ne permet pas au tribunal pour enfants de se considérer comme irrégulièrement saisi.

***** Cass. ass. plén., 03 mars 2023, n° 22-81.097 : conventionnalité des dispositions spéciales relatives à la déclaration d'adresse par le prévenu appelant**

Dans cet arrêt du 03 mars 2023, la Cour de cassation statue en assemblée plénière à la suite d'une décision de la Cour européenne des droits de l'Homme, en date du 27 février 2020, qui a pris acte des termes de la déclaration unilatérale du gouvernement français ayant reconnu que, dans le cas d'espèce, les modalités concrètes de la signification d'un arrêt de la Cour d'appel avaient eu pour effet de porter atteinte au droit d'accès de la requérante à la Cour de cassation, en violation de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Pour autant, la Cour de cassation n'étant pas liée par cette déclaration unilatérale, adopte une position différente.

Ainsi, la Haute juridiction judiciaire rappelle qu'il résulte de l'article 503-1 du Code

de procédure pénale que le prévenu libre qui forme appel doit déclarer son adresse personnelle ou celle d'un tiers consentant, chargé de recevoir les citations et significations qui lui seront destinées. Toute citation, notification ou signification faite à la dernière adresse déclarée est réputée l'être à sa personne et le prévenu qui ne comparaît pas à l'audience sans excuse reconnue valable par la cour d'appel est jugé par arrêt contradictoire à signifier. Il en est déduit, notamment, que, si l'huissier de justice a choisi d'aviser l'intéressé par l'envoi d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception à l'adresse déclarée, conformément à l'alinéa 2 de l'article 558 du Code de procédure pénale, il importe peu que cette lettre ait été ou non remise à son destinataire et que le prévenu ait ou non signé l'avis de réception (voir, notamment : Cass. crim., 17 janvier 2012, n° 11-84.778). Il en résulte que la qualification d'arrêt contradictoire à signifier est attachée à l'envoi sans délai par l'huissier de justice de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception informant l'intéressé qu'il doit retirer dans les plus brefs délais la copie de l'exploit signifié à l'étude, la correcte exécution de cette diligence à l'adresse déclarée faisant présumer, sauf cas de force majeure, la connaissance effective par l'intéressé de la citation.

Selon l'assemblée plénière, ces dispositions spéciales de l'article 503-1 du Code de procédure pénale, qui exigent du prévenu appelant l'élection d'un domicile, dérogent ainsi à celles de l'article 558 dudit Code qui, d'une part, imposent à l'huissier de justice, avant toute citation, de vérifier l'exactitude du domicile de l'intéressé, d'autre part, prévoient que l'exploit déposé à son étude ne produit les effets d'une citation à personne que si l'avis de réception a été signé par l'intéressé. Néanmoins, cette différence, quant aux modalités de signification de la citation à comparaître, entre le prévenu cité devant le tribunal correctionnel ou le tribunal de police et le prévenu appelant, repose sur leur situation objectivement différente, le premier pouvant légitimement ignorer qu'une procédure pénale a été diligentée à son encontre alors qu'il est attendu du second, en raison de son rôle dans la saisine de la juridiction, qu'il fasse preuve de diligence. Par conséquent, la Cour de cassation estime, notamment, que l'alinéa 6 de l'article

558 du Code de procédure pénale, selon lequel la citation à comparaître ne pourra produire les effets d'une citation à personne si le délai entre le jour où l'avis de réception a été signé par l'intéressé et le jour indiqué pour la comparution devant la Cour d'appel est inférieur à celui fixé par l'article 552 du même Code – soit dix jours –, n'est pas applicable au prévenu appelant.

Par ailleurs, la Cour de cassation affirme que ces dispositions de l'article 503-1 du Code de procédure pénale permettent aux prévenus appelants ayant déclaré une adresse exacte d'être effectivement atteints par l'exploit, dans un temps très proche de la signification de l'acte à l'étude, tout en faisant échec à la mauvaise foi ou à la négligence de ceux d'entre eux qui déclarent une adresse inexacte ou ne retirent pas la lettre recommandée qui leur a été envoyée. Elles ne font, par ailleurs, pas obstacle à la liberté du prévenu appelant de changer ultérieurement d'adresse puisque celui-ci peut, à tout moment, jusqu'au jugement définitif de l'affaire, déclarer une nouvelle adresse, à la condition d'en informer le procureur de la République, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Elles ne privent pas, en outre, l'appelant de la faculté d'invoquer l'existence d'un événement de force majeure, telle une remise tardive de la lettre recommandée en raison d'une défaillance du système postal, qui l'aurait mis dans l'impossibilité de prendre connaissance, en temps utile, de l'avis de signification de l'exploit d'huissier de justice. De manière générale, selon l'assemblée plénière, ces dispositions, qui ne méconnaissent ni les droits de la défense ni le droit à un procès équitable, participent d'une bonne administration de la justice et n'ont pas été mises en œuvre, en l'espèce, dans des conditions contraires au droit à un procès équitable.

*** Cass. crim., 07 mars 2023, n° 22-82.921 : rappel du mécanisme de responsabilité pénale « par représentation » applicable aux personnes morales**

Dans cet arrêt du 07 mars 2023, la Chambre criminelle casse la décision des juges du fond qui avait déclaré pénalement responsable une personne morale, du chef de déversement de substance nuisible dans les eaux souterraines, superficielles ou de la mer, tout en

relaxant son représentant légal du même chef, alors que l'acte de déversement constituait la cause directe des dommages à la faune ou à la flore.

Cette solution permet d'illustrer le mécanisme de responsabilité pénale « par représentation » applicable aux personnes morales, conformément aux dispositions de l'article 121-2 du Code pénal. Il s'en déduit qu'en dehors de l'hypothèse d'une infraction non-intentionnelle en lien de causalité indirecte avec le dommage en résultant (article 121-3, alinéa 4, du Code pénal), la relaxe de l'organe ou du représentant de la personne morale mise en cause est un obstacle à l'engagement de la responsabilité pénale de cette personne morale.

La solution ici adoptée doit être rapprochée d'un arrêt rendu quelques jours plus tard aux termes duquel la relaxe définitive du représentant d'une personne morale du chef d'homicide involontaire par violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement empêche la condamnation de la personne morale du même chef (Cass. crim., 21 mars 2023, n° 21-84.903).

**** Cass. crim., 08 mars 2023, n° 22-81.040 : le fait justificatif tiré de l'exercice des droits de la défense ne s'applique pas qu'en matière de droit du travail**

Dans cet arrêt du 08 mars 2023, la Chambre criminelle censure la décision des juges du fond ayant écarté le fait justificatif tiré de l'exercice des droits de la défense au motif qu'il ne s'appliquerait qu'en matière de droit du travail. En effet, selon la Cour de cassation, dès lors que n'est pas punissable l'infraction commise pour les strictes nécessités de la défense de son auteur, le bénéfice de ce fait justificatif ne saurait être restreint à la défense exercée dans un cadre prud'homal.

**** Cass. crim., 14 mars 2023, n° 22-87.286 : formalisme de l'appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance du juge d'instruction opérant correctionnalisation**

En l'espèce, un juge d'instruction avait requalifié les faits de nature criminelle dont il était saisi et a ordonné le renvoi du mis en examen devant le tribunal correctionnel. L'appel interjeté à l'encontre de cette ordonnance avait

été déclaré irrecevable par la Chambre de l'instruction au motif que l'intéressé n'estimait nullement que les faits renvoyés devant le tribunal correctionnel constituent un crime qui aurait dû faire l'objet d'une ordonnance de mise en accusation devant la Cour d'assises.

Dans son arrêt du 14 mars 2023, la Chambre criminelle rappelle que, conformément aux dispositions de l'article 186-3 du Code de procédure pénale, la personne mise en examen peut interjeter appel de l'ordonnance la renvoyant devant le tribunal correctionnel dans le cas où elle estime que les faits renvoyés devant celui-ci constituent un crime qui aurait dû faire l'objet d'une ordonnance de mise en accusation devant la Cour d'assises ou devant la Cour criminelle départementale. Il en est déduit que l'appel, pour échapper à l'irrecevabilité de principe de l'exercice d'une telle voie de recours à l'encontre d'une ordonnance de renvoi devant une juridiction correctionnelle ou de police, telle qu'édictée par l'article 186 du Code de procédure pénale, doit faire apparaître de manière non équivoque que ce recours est exercé en application de l'article 186-3 dudit Code (voir, notamment : Cass. crim., 15 mars 2006, n° 05-87.299 et 29 novembre 2017, n° 17-84.566).

Il s'ensuit qu'en l'absence de toute mention dans l'acte d'appel, il appartient à la Chambre de l'instruction de rechercher si la personne mise en examen forme une demande tendant, de façon non équivoque, à obtenir sa mise en accusation devant la juridiction criminelle et, ce, pour des chefs précisément identifiés, dans une articulation essentielle de son mémoire. Cette exigence demeure même lorsque la déclaration d'appel est faite au visa de l'article 186-3 du Code de procédure pénale. Lorsque la Chambre de l'instruction conclut que l'appel est recevable, elle doit se borner à examiner si les faits retenus à la charge de la personne mise en examen, tels qu'ils résultent de l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel et qu'elle ne peut apprécier différemment, constituent une infraction qualifiée de crime par la loi et, si tel est le cas, ordonner la mise en accusation de la personne mise en examen devant la juridiction criminelle.

Or, en l'espèce, il résulte du mémoire de l'appelant que, s'il faisait valoir qu'une partie des faits pour lesquels il était renvoyé devant le

tribunal correctionnel constituait un crime, il ne précisait pas les chefs concernés ni ne sollicitait sa mise en accusation devant une juridiction criminelle. En conséquence, le pourvoi est rejeté.

***** Cass. crim., 15 mars 2023, n° 21-87.389 : conditions de la modification par la juridiction répressive de jugement de la date de commission des faits dont elle est saisie**

En l'espèce, une femme avait déposé plainte en dénonçant une agression sexuelle subie, alors qu'elle avait passé la nuit chez sa tante, de la part du compagnon de cette dernière, le couple étant lié par un pacte civil de solidarité. Elle avait indiqué que les faits s'étaient déroulés dans la nuit du 1^{er}, du 2 ou du 3 décembre 2011. Poursuivi devant le tribunal correctionnel du chef d'agression sexuelle incestueuse commise sur une victime mineure, entre le 1^{er} et le 3 décembre 2011, le prévenu avait été déclaré coupable. Les juges du fond avaient, pour ce faire, constaté la réalité du fait dénoncé, tout en énonçant qu'il n'avait pu être commis en 2011, comme l'indiquait la citation, mais l'avait été dans la nuit du 6 au 7 juin 2013.

Dans son arrêt du 15 mars 2023, la Chambre criminelle rappelle qu'il résulte de l'article 6, § 3, de la Convention européenne des droits de l'Homme que la personne poursuivie doit être informée, d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre elle et disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense. Par ailleurs, en application de l'article 388 du Code de procédure pénale, les juges ne peuvent statuer que sur les faits dont ils sont saisis, à moins que le prévenu n'accepte expressément d'être jugé sur des faits distincts de ceux visés à la prévention (voir, notamment : Cass. crim., 19 avril 2005, n° 04-83.879).

Pour autant, la Haute juridiction judiciaire affirme que, lorsque la juridiction constate que le fait poursuivi n'a pas été commis à la date visée par la prévention, mais à une autre date qu'elle détermine, elle en demeure saisie. En effet, le fait n'étant alors pas distinct de celui visé par la prévention, il n'y a pas lieu de recueillir l'accord de la personne poursuivie pour être jugée sur ce fait commis à une autre date. Cependant, hors le cas d'une erreur matérielle, la restitution au fait de son exacte date est de nature à emporter des

conséquences juridiques au regard, notamment, de la qualification, de la prescription, de la détermination de la loi applicable ou de la compétence de la juridiction. Modifiant les termes du débat devant la juridiction de jugement, elle affecte l'exercice de leurs droits par les parties. En conséquence, les juges ne peuvent retenir, pour entrer en voie de condamnation, une date autre que celle visée par la prévention, sans que le prévenu ait été invité à s'expliquer sur cette modification.

Or, en l'espèce, il n'a pas été établi que le prévenu avait été informé que les juges pouvaient le déclarer coupable du fait poursuivi, commis à une autre date, ni qu'il avait été invité à s'expliquer sur cette modification et ses conséquences, celles n'ayant pas été mises dans le débat, un renvoi pouvant, au besoin, être ordonné à cette fin. La cassation est donc prononcée.

**** Cons. const., déc. n° 2023-1037 QPC du 17 mars 2023 : constitutionnalité des dispositions relatives à l'interdiction de communication des pièces du dossier de la procédure d'instruction à un tiers**

En l'espèce, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité rédigée en ces termes : « Les dispositions de l'article 114, alinéa 6, du code de procédure pénale en ce qu'elles interdisent aux parties ou à leurs avocats de communiquer à un tiers les pièces ou actes d'instruction qui leur ont été remis à l'exception des seules copies des rapports d'expertise, y compris lorsque cette communication est nécessaire à l'exercice des droits de la défense, sont-elles conformes à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dont découlent les droits de la défense ? » (Cass. crim., 11 janvier 2023, n° 22-86.301).

Dans sa décision du 17 mars 2023, le Conseil constitutionnel rappelle qu'en application de l'article 114 du Code de procédure pénale, dans le cadre de l'instruction, les avocats des parties ou, si elles n'ont pas d'avocat, les parties elles-mêmes peuvent, après la première comparution ou la première audition, se faire délivrer copie de tout ou partie des pièces du dossier de la procédure. Les dispositions contestées prévoient que les parties ou leurs

avocats ne peuvent communiquer à des tiers, pour les besoins de la défense, que les copies des rapports d'expertise. Il s'ensuit qu'aucune autre pièce du dossier ne peut leur être communiquée.

Pour autant, selon le Conseil, en interdisant la communication à des tiers des copies des pièces du dossier autres que les rapports d'expertise, le législateur a entendu préserver le secret de l'instruction et protéger les intérêts des personnes concernées par celle-ci. Ce faisant, il a poursuivi les objectifs de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions, et entendu garantir le droit au respect de la vie privée et de la présomption d'innocence qui résulte des articles 2 et 9 de la Déclaration de 1789.

Par ailleurs, en premier lieu, au cours de l'information judiciaire, les parties ont la faculté de saisir le juge d'instruction, auquel il revient de conduire l'instruction à charge et à décharge, d'une demande afin qu'il soit procédé à tous actes qui leur paraissent nécessaires à la manifestation de la vérité. En particulier, elles peuvent lui demander d'ordonner une expertise et, lorsqu'une telle mesure a été ordonnée, qu'il soit prescrit à l'expert d'effectuer certaines recherches ou d'entendre certaines personnes. En outre, une fois déposé, le rapport d'expertise est soumis à la discussion contradictoire des parties et celles-ci peuvent formuler une demande de complément d'expertise ou de contre-expertise. En second lieu, les parties et leurs avocats conservent la possibilité de communiquer aux tiers, dans le cadre de l'exercice des droits de la défense, des informations sur le déroulement de l'instruction. Il en résulte, selon les Sages, que le grief tiré de la méconnaissance des droits de la défense doit être écarté.

Par conséquent, les dispositions contestées, qui ne méconnaissent aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, sont déclarées conformes à la Constitution.

**** Cass. crim., 22 mars 2023, n° 19-80.689 : conditions de compatibilité à la règle « non bis in idem » du cumul de sanctions fiscales et de sanctions pénales**

En l'espèce, condamnés des chefs de fraudes fiscales, des prévenus avaient vu écarté leur moyen de nullité tiré de la méconnaissance

de la règle « non bis in idem » fondée sur l'existence de pénalités fiscales concernant les mêmes faits. Cette décision est cassée.

Pour ce faire, dans son arrêt du 22 mars 2023, la Chambre criminelle affirme, en premier lieu, que, lorsque le prévenu de fraude fiscale justifie avoir fait l'objet, à titre personnel, d'une sanction fiscale pour les mêmes faits, il appartient au juge pénal, d'une part, s'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier qu'il était raisonnablement prévisible, au moment où l'infraction a été commise, que celle-ci était susceptible de faire l'objet d'un cumul de poursuites et de sanctions de nature pénale, le cas échéant en tenant compte de la profession du prévenu et des conseils juridiques auxquels il pouvait recourir. Il lui appartient, d'autre part, après avoir caractérisé les éléments constitutifs de l'infraction au regard de l'article 1741 du code général des impôts, et préalablement au prononcé de sanctions pénales, de vérifier que les faits retenus présentent le degré de gravité de nature à justifier la répression pénale complémentaire. Le juge est tenu de motiver sa décision, la gravité pouvant résulter du montant des droits fraudés, de la nature des agissements de la personne poursuivie ou des circonstances de leur intervention dont celles notamment constitutives de circonstances aggravantes.

En second lieu, la Haute juridiction judiciaire énoncé que, lorsque le prévenu de fraude fiscale justifie avoir fait l'objet, à titre personnel, d'une sanction fiscale définitivement prononcée pour les mêmes faits, il appartient au juge pénal, après avoir constaté le montant des pénalités fiscales appliquées, d'une part, s'il prononce une peine de même nature, de vérifier que le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues. Il lui appartient, d'autre part, de s'assurer que la charge finale résultant de l'ensemble des sanctions prononcées, quelle que soit leur nature, ne soit pas excessive par rapport à la gravité de l'infraction qu'il a commise. Le juge est tenu de motiver sa décision au regard de ces éléments. Cette dernière affirmation s'écarte de la solution dégagée dans un précédent arrêt aux termes duquel la Cour de cassation avait considéré que, lorsque le prévenu justifie avoir fait l'objet, à titre personnel, d'une sanction fiscale définitivement prononcée pour les

mêmes faits, le juge pénal n'est tenu de veiller au respect de l'exigence de proportionnalité que s'il prononce une peine de même nature (Cass. crim., 11 septembre 2019, n° 18-81.067).

Avec cet arrêt du 22 mars 2023 – accompagné d'un autre arrêt du même jour posant des règles identiques (Cass. crim., 22 mars 2023, n° 19-81.929) –, la Chambre criminelle prend en compte la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne telle qu'elle résulte, en particulier, d'un arrêt du 05 mai 2022 (CJUE, 05 mai 2022, C-570/20, BV). Il résulte de cette jurisprudence, en premier lieu, qu'une réglementation nationale limitant la règle « non bis in idem » doit prévoir des règles claires et précises, lesquelles notamment permettent au justiciable de prévoir quels actes et omissions sont susceptibles de faire l'objet d'un tel cumul de poursuites et de sanctions. Pour autant, le droit de l'Union ne s'oppose pas à ce que la limitation aux cas les plus graves du cumul de poursuites et de sanctions de nature pénale ne résulte que d'une jurisprudence établie interprétant, de manière restrictive, les dispositions légales définissant les conditions d'application de ce cumul, à la condition qu'il soit raisonnablement prévisible, au moment où l'infraction est commise, que celle-ci est susceptible de faire l'objet d'un cumul de poursuites et de sanctions de nature pénale. En outre, cette exigence de prévisibilité ne s'oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de l'affaire en cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé et qu'il en va spécialement ainsi des professionnels, habitués à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier. Il résulte de la jurisprudence européenne, en second lieu, que la règle « non bis in idem » s'oppose à une réglementation nationale qui n'assure pas, dans le cas où le cumul de poursuites fiscale et pénale conduit au cumul d'une sanction pécuniaire et d'une peine privative de liberté, que l'ensemble des sanctions infligées n'excède pas la gravité de l'infraction constatée.

*** Cass. crim., 22 mars 2023, n° 23-80.213 : en cas de mise en examen supplétive d'un chef criminel, le début de la détention provisoire est**

fixé au jour du mandat de dépôt initial même fondé sur des faits délictuels

Dans cet arrêt du 22 mars 2023, la Chambre criminelle affirme qu'il se déduit de l'article 145-2 du Code de procédure pénale que, lorsqu'une personne ayant déjà été placée sous mandat de dépôt pour des faits délictuels est, dans la même information judiciaire, mise en examen supplétivement pour des faits nouveaux, mais antérieurs à son placement en détention, entraînant une qualification criminelle, le délai d'un an de détention provisoire commence à courir à compter de la date du mandat de dépôt initial.

**** Cass. crim., 28 mars 2023, n° 22-83.874 : la prise ponctuelle de photographies d'une personne se trouvant sur la voie publique n'est pas assimilable à un dispositif de captation et d'enregistrement continu d'images de personnes se trouvant dans un lieu public nécessitant une autorisation d'un magistrat**

En l'espèce, un fonctionnaire de police avait été avisé de manière anonyme qu'une personne organisait, depuis plusieurs années, des achats massifs de produits de luxe, revendus, de manière clandestine, avec une marge bénéficiaire très importante. Une enquête avait été diligentée à l'occasion de laquelle des photographies de l'intéressé, sur la voie publique, avaient été prises. Une information avait, ensuite, été ouverte des chefs, notamment, de blanchiment en bande organisée et de travail dissimulé. Une personne mise en examen a formé une requête en nullité des actes entrepris devant la Chambre de l'instruction. En vain.

Dans son arrêt du 28 mars 2023, la Chambre criminelle rejette, en premier lieu, le moyen tiré de la méconnaissance des règles relatives à l'anonymisation des témoignages, telles que définies aux articles 706-57 et suivants du Code de procédure pénale. Pour ce faire, elle affirme, tout d'abord, que le procès-verbal dressé par un officier de police, avant tout acte d'enquête, qui se borne, comme en l'espèce, à consigner les déclarations spontanées d'une personne sans l'interroger, n'entre pas dans les prévisions des articles 706-57 et suivants du Code de procédure pénale. Ensuite, elle énonce qu'un tel acte est dépourvu de force probante et a pour seul objet de fournir des renseignements

destinés à permettre des investigations ultérieures ou à en faciliter l'exécution, lesdites investigations pouvant être contestées par la personne mise en examen tant sur leur régularité devant la Chambre de l'instruction que sur leur valeur probante devant la juridiction de renvoi.

En second lieu, surtout, la Haute juridiction judiciaire écarte le moyen consistant à affirmer qu'un dispositif de captation de l'image d'une personne dans un lieu public n'est régulière qu'à la double condition d'avoir été autorisée et contrôlée par un juge. Pour ce faire, elle remarque, tout d'abord, que le mis en examen, qui n'a pas été photographié à l'occasion des surveillances, était sans qualité pour en contester la régularité. Ensuite, elle souligne que les clichés photographiques, qui n'ont pas été recueillis de manière permanente ou systématique, ne peuvent être assimilés à la mise en place d'un dispositif de captation et d'enregistrement continu d'images de personnes se trouvant dans un lieu public nécessitant une autorisation du procureur de la République.

**** Cass. crim., 29 mars 2023, n° 22-83.214 : le crime de séquestration ayant entraîné la mort peut être caractérisé à la suite du suicide de la victime survenu en raison des faits**

En l'espèce, un individu avait été déclaré coupable de séquestration ayant entraîné la mort de la victime aux motifs, d'une part, que la séquestration avait duré plusieurs heures au cours desquelles la victime avait sauté par une fenêtre pour tenter de s'évader et, d'autre part, que cette tentative d'évasion lui avait causé de nombreuses lésions corporelles qui étaient à l'origine d'une dégradation de son image, ce qui, rapproché de ses pleurs et de ses cauchemars, avait contribué à sa décision de se suicider.

Dans son arrêt du 29 mars 2023, la Chambre criminelle rejette le pourvoi de l'accusé fondé, notamment, sur l'absence de causalité directe et certaine entre la séquestration et le suicide de la victime. Pour ce faire, elle affirme qu'en l'état des motifs susmentionnés, relevant de son appréciation souveraine, la Cour d'assises, qui a caractérisé que le suicide de la victime était la conséquence de la séquestration commise par l'accusé, a justifié sa décision de retenir, à la charge de celui-ci, que la séquestration avait été suivie de la mort de la

victime, au sens de l'article 224-2, alinéa 2, du Code pénal.

**** Cass. crim., 29 mars 2023, n° 22-83.458 : juste motivation des relaxes prononcées au bénéfice de « décrocheurs » du portrait présidentiel**

En l'espèce, en 2019, à l'occasion d'un mouvement national de protestation en faveur de la lutte contre les changements climatiques, conduit par le mouvement *Action non violente (ANV) COP21*, des portraits officiels du Président de la République avaient été dérobés dans plusieurs mairies. Au cours de leur garde à vue, plusieurs des personnes mises en cause avaient refusé de se soumettre au prélèvement en vue de déterminer leur empreinte génétique et l'une d'entre elles avait refusé de se soumettre aux opérations de relevés signalétiques.

Dans un arrêt du 22 septembre 2021, la Chambre criminelle avait cassé les condamnations prononcées en considérant qu'il appartenait aux juges du fond de rechercher si l'incrimination pénale des comportements poursuivis ne constituait pas, en l'espèce, une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression des prévenus (Cass. crim., 22 septembre 2021, n° 20-85.434). Dans son arrêt du 29 mars 2023, la Cour de cassation se prononce sur le pourvoi formé par le parquet général à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel ayant prononcé une relaxe générale.

En premier lieu, s'agissant des faits de vols, la Cour de cassation affirme que, lorsque le prévenu invoque une atteinte disproportionnée à sa liberté d'expression, il appartient au juge, après s'être assuré, dans l'affaire qui lui est soumise, du lien direct entre le comportement incriminé et la liberté d'expression sur un sujet d'intérêt général, de vérifier le caractère proportionné de la condamnation. Ce contrôle de proportionnalité requiert un examen d'ensemble, qui doit prendre en compte, concrètement, entre autres éléments, les circonstances des faits, la gravité du dommage ou du trouble éventuellement causé. Dans le cas particulier d'une poursuite du chef de vol, doivent être notamment prises en compte la valeur matérielle du bien, mais également, le cas échéant, sa valeur symbolique, ainsi que la réversibilité ou l'irréversibilité du dommage causé à la victime (voir, notamment : Cass. crim.,

18 mai 2022, n° 21-86.685). En l'espèce, la Haute juridiction judiciaire estime que les juges du fond ont bien procédé au contrôle requis. En effet, la Cour d'appel a, tout d'abord, à juste titre, considéré que les changements climatiques constituent un sujet d'intérêt général. Ensuite, elle a suffisamment caractérisé le lien entre les faits poursuivis et le sujet sus-énoncé. Enfin, elle a pris en considération la valeur matérielle des biens en cause, et, en relevant l'absence d'atteinte à la dignité de la personne du président de la République et de sa fonction, leur valeur symbolique, ainsi que le dommage causé aux collectivités territoriales victimes.

En second lieu, s'agissant des faits de refus de se soumettre à un prélèvement biologique et aux opérations de relevés signalétiques, la Cour de cassation rappelle que, si ces infractions ne constituent pas en elles-mêmes une ingérence disproportionnée dans le respect de la vie privée et familiale protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (voir, notamment : Cass. crim., 20 octobre 2020, n° 19-85.812 et 08 décembre 2021, n° 20-84.201), leur application peut être écartée lorsque, à l'occasion du contrôle de proportionnalité, le juge du fond retient qu'au cas d'espèce, la condamnation constituerait une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée (voir, en ce sens : Cass. crim., 22 septembre 2021, n° 20-80.489). En l'espèce, là aussi, la Chambre criminelle estime que les juges du fond ont justifié leur décision. En effet, la Cour d'appel a, tout d'abord, pu constater une disproportion entre les infractions dont étaient soupçonnés les prévenus, les circonstances particulières de leur commission et l'atteinte au respect de leur vie privée résultant des opérations et prélèvements en cause. Ensuite, il résulte des pièces de procédure, d'une part, qu'aucune poursuite n'a été engagée sur le fondement du refus de se soumettre aux opérations de relevés signalétiques et, d'autre part, que lesdites opérations n'avaient pas pour objet la réalisation d'examens de comparaison avec les traces et indices prélevés pour les nécessités de l'enquête.

**** Cass. crim., 29 mars 2023, n° 22-83.911 : la justification tirée de l'état de nécessité ne s'applique qu'à l'infraction constituant le seul moyen d'éviter un péril actuel ou imminent**

En l'espèce, à deux reprises, les 27 septembre 2016 et 1^{er} mars 2017, une quinzaine de militants écologistes avaient fait irruption dans des magasins et s'étaient emparés de bidons de produits mis en vente pour les disposer sur une bâche et les enduire de peinture, expliquant que leurs actions étaient destinées à alerter sur les dangers du glyphosate, contenu dans ces produits, lesquels étaient selon eux en vente dans des conditions contraires à la réglementation. Poursuivies du chef de destruction, dégradation ou détérioration grave du bien d'autrui, en réunion, ces personnes avaient été relaxées par le tribunal correctionnel. Néanmoins, la Cour d'appel les avait déclarées coupables et condamnées chacun à 300 euros d'amende avec sursis.

Dans son arrêt du 29 mars 2023, la Chambre criminelle rejette le pourvoi formé par les prévenus contestant, d'une part, la qualification pénale retenues à leur encontre et, d'autre part, le refus des seconds juges de prendre en compte le fait justificatif tiré de l'état de nécessité. S'agissant de la qualification pénale, la Cour de cassation affirme que les juges du fond ont valablement pu retenir le délit de destruction, dégradation ou détérioration grave du bien d'autrui dès lors qu'il a été établi que les faits ne constituaient pas des dégradations ou détériorations à caractère contraventionnel, les produits en cause, destinés à être vendus, étant devenus impropres à la vente. Quant à l'état de nécessité, la Haute juridiction judiciaire considère qu'il n'a pas été établi que la commission d'une infraction était le seul moyen d'éviter un péril actuel ou imminent. Elle rejoint en cela la position des juges du fond qui avaient estimé que les prévenus n'avaient pas démontré en quoi la dégradation de bidons et de flacons de produits désherbants dans un magasin constituerait un acte nécessaire et le seul moyen indispensable à la sauvegarde des personnes, alors qu'ils avaient accès à de nombreux moyens d'action, politiques, militants, institutionnels existant dans tout Etat démocratique.

*** Cass. crim., 29 mars 2023, n° 22-84.918 : l'absence de notification au prévenu du droit au silence constitue une nullité assimilée à une nullité d'ordre public ; le retard dans cette notification constitue une nullité d'ordre privé**

Dans son arrêt du 29 mars 2023, à propos d'une procédure pénale relative à des faits de violences aggravées, la Chambre criminelle rappelle que, conformément aux dispositions des articles 406 et 512 du Code de procédure pénale, le président ou l'un des assesseurs par lui désigné, après avoir constaté son identité et donné connaissance de l'acte qui a saisi la juridiction correctionnelle, doit informer le prévenu de son droit, au cours des débats, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire.

Elle rappelle également qu'aux termes de l'article 802 du même Code, en cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ne peut prononcer la nullité que lorsque la violation a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne.

Il résulte de la combinaison desdits textes qu'en l'absence de la notification susmentionnée, l'atteinte aux intérêts du prévenu est nécessairement caractérisée. En revanche, en cas de notification tardive, cette atteinte est également caractérisée lorsque le prévenu a pris la parole avant d'avoir reçu cet avertissement. Or, en l'espèce, le prévenu avait pris la parole lors des débats avant que lui soit notifiée son droit, au cours des débats, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire. Pourtant, les juges du fond avaient écarté la nullité. La cassation est donc prononcée.

**** Cass. crim., 05 avril 2023, n° 21-80.478 : les dommages-intérêts alloués par une juridiction prud'homale à la suite de faits de harcèlement moral constituent une créance contractuelle et n'entrent pas dans le champ du délit d'organisation frauduleuse de l'insolvabilité**

Dans cet arrêt du 05 avril 2023, la Chambre criminelle affirme que l'obligation de prévention des risques professionnels en matière de harcèlement moral, qui résulte de l'article L. 4121-2 du Code du travail, ainsi que la prohibition de ce type d'agissements instituée par l'article L. 1152-1 du même Code sont les suites que donne la loi au contrat de travail.

Dès lors, la créance dont dispose le salarié qui s'est vu allouer par le juge du contrat de

travail une somme en réparation de son préjudice lié à l'existence d'un harcèlement moral est de nature contractuelle, ce qui l'exclut du champ d'application du délit d'organisation frauduleuse de l'insolvabilité dont l'objectif consiste à « se soustraire à l'exécution d'une condamnation de nature patrimoniale prononcée par une juridiction répressive ou, en matière délictuelle, quasi délictuelle ou d'aliments, prononcée par une juridiction civile » (article 314-7 du Code pénal).

Par conséquent, en l'espèce, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt d'une Chambre de l'instruction ayant déclaré irrecevable une constitution de partie civile du chef d'organisation frauduleuse de l'insolvabilité formée par l'ancienne salariée d'une société ayant obtenu la condamnation de cette dernière par une juridiction prud'homale à lui verser des dommages-intérêts à la suite du harcèlement moral subi.

**** Cass. crim., 05 avril 2023, n° 21-87.217 : nature interprétative des dispositions de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 relatives à la définition du délit de prise illégale d'intérêts**

Dans cet arrêt du 05 avril 2023, la Chambre criminelle énonce que les prévisions de l'article 432-12 du Code pénal, concernant le délit de prise illégale d'intérêts, dans sa rédaction issue de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 aux termes de laquelle l'intérêt doit être de nature à compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité de l'auteur du délit sont équivalentes à celles résultant de sa rédaction antérieure par laquelle le législateur, en incriminant le fait, par une personne exerçant une fonction publique, de se placer dans une situation où son intérêt entre en conflit avec l'intérêt public dont elle a la charge, a entendu garantir, dans l'intérêt général, l'exercice indépendant, impartial et objectif des fonctions publiques (voir, notamment : Cass. crim., 19 mars 2014, n° 14-90.001 et 20 décembre 2017, n° 17-81.975). Par conséquent, ces dispositions nouvelles, qui peuvent être qualifiées d'interprétatives, pouvaient être mises en œuvre pour des faits commis avant leur entrée en vigueur.

*** Cass. crim., 12 avril 2023, n° 22-85.944 : l'identification de l'agent ayant exploité le**

système LAPI n'implique pas un formalisme particulier

Dans cet arrêt du 12 avril 2023, la Chambre criminelle affirme que le visa apposé sur les résultats de la consultation du système de lecture automatique des plaques d'immatriculation (LAPI), consistant dans la mention « voir les résultats dans tableaux joints » suivie de la signature de l'agent habilité, implique nécessairement que cet agent a lui-même consulté le fichier pour en extraire les renseignements remis à l'auteur de la réquisition. Il se déduit de cet arrêt que l'identification de l'agent habilité à effectuer la consultation du système LAPI ne nécessite pas l'établissement d'un procès-verbal.

**** Cass. crim., 13 avril 2023, n° 22-81.676 et n° 22-85.816 : le délit de refus pour un étranger de se soumettre aux obligations sanitaires nécessaires à l'exécution d'office de la mesure d'éloignement dont il fait l'objet ne peut être poursuivi avant que la procédure de rétention ne soit parvenue à son terme**

Dans ces deux arrêts du 13 avril 2023, la Chambre criminelle rappelle que la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a dit pour droit que la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, s'oppose à une réglementation d'un État membre réprimant le séjour irrégulier par des sanctions pénales, pour autant que celle-ci permet l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers qui, tout en séjournant irrégulièrement sur le territoire dudit État membre et n'étant pas disposé à quitter ce territoire volontairement, n'a pas été soumis aux mesures coercitives visées par cette directive et n'a pas, en cas de placement en rétention en vue de la préparation et de la réalisation de son éloignement, vu expirer la durée maximale de cette rétention (CJUE, 06 décembre 2011, C-329/11, *Achughbajian*).

La CJUE considère qu'un tel emprisonnement est, en effet, susceptible de faire échec à l'application de la procédure d'éloignement et de retarder le retour, portant ainsi atteinte à l'effet utile de cette directive, dont l'objet est la mise en place d'une politique

efficace d'éloignement et de rapatriement fondée sur des normes communes, afin que les personnes concernées soient rapatriées d'une façon humaine et dans le respect intégral de leurs droits fondamentaux et de leur dignité. Il en résulte que les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier qui doivent être éloignés peuvent, en vue de la préparation et de la réalisation de cet éloignement, s'agissant d'une privation de liberté, tout au plus être soumis à une rétention.

Néanmoins, selon la CJUE, les États membres ont la faculté d'adopter, dans le respect des principes de la directive 2008/115 et de son objectif, des dispositions réglant la situation dans laquelle les mesures coercitives n'ont pas permis de parvenir à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers qui séjourne sur leur territoire de façon irrégulière, sans motif justifié de non-retour, la procédure de retour établie par ladite directive ayant été menée à son terme (CJUE, 28 avril 2011, C-61/11, *El Dridi*). Telle est la situation de la personne qui a fait l'objet d'une mesure de rétention dont la durée maximale a été atteinte sans qu'elle ait pu être éloignée, malgré les efforts de l'État membre, et de celle dont la rétention a été levée au constat qu'il n'existe plus de perspectives raisonnables d'éloignement pour des considérations d'ordre juridique ou autres, au sens de l'article 15, § 4, de la directive précitée, ce dont le juge saisi des poursuites doit s'assurer.

Selon la Cour de cassation, il s'en déduit que les délits, punis d'une peine d'emprisonnement, dont la poursuite repose sur la circonstance de l'entrée, du séjour ou du maintien irrégulier de la personne poursuivie, et qui ont pour seul objet de sanctionner le manque de coopération de celle-ci à l'exécution de la décision de retour, ne peuvent être poursuivis avant que la procédure de rétention ne soit parvenue à son terme. Tel est le cas de l'alinéa 3 de l'article L. 824-9 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile qui réprime de trois ans d'emprisonnement le fait, pour un étranger, de refuser de se soumettre aux obligations sanitaires nécessaires à l'exécution d'office de la mesure d'éloignement dont il fait l'objet. Une telle infraction ne peut être poursuivie que si cet étranger a fait l'objet d'une mesure régulière de placement en rétention ou

d'assignation à résidence ayant pris fin sans qu'il ait pu être procédé à son éloignement.

Comme le note Margaux Dominati, il faut ici saluer la logique dont fait preuve la Cour de cassation. En effet, jusque-là, la pratique « consistait à condamner un étranger à une peine d'emprisonnement même si la procédure visant à l'éloigner n'était pas achevée. Il était donc contraint, à l'issue de sa rétention, de demeurer dans un établissement pénitentiaire français pour exécuter sa peine. Désormais, la surenchère répressive est abandonnée, au profit du bon sens et de l'effectivité de la procédure d'éloignement » (*Dalloz actualité*, 21 avril 2023).

**** Cass. crim., 13 avril 2023, n° 22-85.907 : l'avis de placement en garde à vue doit être adressé au procureur de la République qui assure la direction de l'enquête**

Dans cet arrêt du 13 avril 2023, la Chambre criminelle se prononce sur deux moyens de cassation relatif à une garde à vue qui avait été requise par le procureur de la République d'un autre ressort que son lieu d'exécution.

En premier lieu, la Haute juridiction judiciaire affirme que les juges ne pouvaient retenir que le procureur de la République du lieu où est exécutée la garde à vue exerce une compétence concurrente avec celui sous la direction duquel l'enquête est menée pour recevoir l'avis de placement en garde à vue, dès lors que l'article 63-9, alinéa 2, du Code de procédure pénale, ne prévoit cette compétence concurrente que pour contrôler et ordonner la prolongation de la garde à vue, alors que l'avis de placement en garde à vue doit être adressé au procureur de la République qui assure la direction de l'enquête. Néanmoins, l'arrêt n'est pas censuré dès lors que cet avis, qui n'est soumis à aucune condition de forme, a, en l'espèce, été donné sans délai au procureur de la République compétent, la mesure ayant, par ailleurs, été prise conformément à ses instructions.

En second lieu, la Cour de cassation énonce que, si une mesure de garde à vue, notifiée par un service d'enquête, est poursuivie par un autre, la reprise de cette mesure n'a pas à donner lieu à un nouvel exercice des droits énoncés aux articles 63-1 à 63-4 du Code de

procédure pénale, lesquels n'ont pas à être à nouveau notifiés.

**** Cass. crim., 13 avril 2023, n° 22-85.457 : possibilité pour les juridictions de l'application des peines de repousser le caractère non avenue d'une condamnation, en ce compris la partie ferme d'une condamnation partiellement assortie du sursis probatoire**

En l'espèce, un individu avait été condamné, le 4 juin 2018, à un an d'emprisonnement dont six mois avec sursis et mise à l'épreuve, devenu sursis probatoire, pendant deux ans, et, le 12 septembre 2018 à deux peines de deux mois d'emprisonnement chacune. Le 14 avril 2021, le juge de l'application des peines avait ordonné la prolongation pour une durée d'un an du délai de probation afférent à la condamnation prononcée le 4 juin 2018, lequel avait pris fin le 11 décembre 2020. Par la suite, le juge de l'application des peines avait déclaré irrecevable la demande de conversion de peine et rejeté les autres demandes d'aménagement, formées par le condamné, ce qui avait été confirmée par la Cour d'appel au motif qu'il devait exécuter trois condamnations représentant une durée cumulée de dix mois d'emprisonnement ferme.

Dans son arrêt du 13 avril 2023, la Chambre criminelle rejette le pourvoi formé par le condamné. Pour ce faire, elle affirme qu'il se déduit de l'article 132-52 du Code pénal que la prolongation du délai de probation, y compris lorsqu'elle est prononcée, conformément à l'alinéa 3 de ce texte, après l'expiration du délai de probation mais à raison d'un manquement ou d'une infraction commise avant, a pour effet de repousser à la fin du délai ainsi prolongé le caractère non avenue de la condamnation, sans qu'il soit fait une distinction selon que ladite condamnation a été prononcée intégralement ou partiellement sous le bénéfice du sursis probatoire. Elle ajoute que la possibilité ainsi offerte aux juridictions de l'application des peines de repousser le caractère non avenue d'une condamnation, en ce compris la partie ferme d'une condamnation partiellement assortie du sursis probatoire, est compatible avec les exigences de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme, dès lors que, par application combinée des articles 132-52 du Code pénal et 712-20, 742 et 743 du Code de

procédure pénale, cette prolongation doit avoir pour cause un fait survenu pendant le délai initial de probation, et que le juge doit être saisi à cette fin dans le mois suivant l'expiration du délai de probation, lequel, prolongation comprise, ne peut excéder trois années.

**** Cass. crim., 13 avril 2023, n° 23-80.470 : à l'égard de mineurs mis en cause, les fonctions du ministère public sont remplies uniquement par le procureur général ou un magistrat du ministère public spécialement chargé des affaires concernant les mineurs**

Dans cet arrêt du 13 avril 2023, la Chambre criminelle rappelle qu'aux termes de l'article L. 12-2 du Code de la justice pénale des mineurs, l'action publique relative à des crimes, délits ou contraventions de la cinquième classe reprochés à un mineur est exercée par des magistrats désignés chargés spécialement des affaires concernant les mineurs. Les fonctions du ministère public sont remplies par le procureur général ou un magistrat du ministère public spécialement chargé des affaires concernant les mineurs. Cette règle constitue une dérogation au principe de l'indivisibilité des magistrats du ministère public édicté aux articles 34 et 39 du Code de procédure pénale.

Or, dans l'affaire en cause, il résulte des pièces de la procédure que le magistrat du parquet qui a prononcé des réquisitions à l'occasion du placement en détention provisoire du demandeur n'a pas été désigné préalablement pour être spécialement chargé des affaires concernant les mineurs. Par ailleurs, il ne résulte pas de la procédure qu'il ait remplacé, pour cause d'urgence ou d'empêchement, un membre du même parquet spécialement chargé de telles affaires. Les réquisitions, ainsi prises par un magistrat incompetent, n'ont pu valablement saisir le juge d'instruction ni le juge des libertés et de la détention. La cassation est donc prononcée et le requérant, élargi, placé sous contrôle judiciaire conformément aux dispositions de l'article 803-7, alinéa 1^{er}, du Code de procédure pénale.

***** Cass. ass. plén., 14 avril 2023, n° 21-13.516 : lorsque la partie civile n'a pas usé de la faculté de demander réparation au juge répressif, nonobstant la relaxe prononcée du chef d'une infraction non-intentionnelle occasionnant un**

dommage, elle n'est pas privée de la possibilité de présenter ses demandes de réparation devant le juge civil

Dans cet arrêt du 14 avril 2023, l'assemblée plénière de la Cour de cassation, saisie après résistance des juges du fond à la suite d'une première cassation (Cass. civ. 2^{ème}, 6 juin 2019, n° 18-15.738), se prononce sur un pourvoi qui posait la question de savoir si le principe de concentration des moyens s'impose à la partie civile lorsqu'elle dispose, devant le juge pénal, de la faculté prévue à l'article 470-1 du Code de procédure pénale.

A ce propos, la Haute juridiction judiciaire rappelle qu'aux termes des dispositions de l'article 1351, devenu 1355, du Code civil, l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité. Dans ce cadre, selon une jurisprudence constante, il incombe au demandeur à l'action de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci (Cass. ass. plén., 07 juillet 2006, n° 04-10.672).

La Cour de cassation rappelle également que, conformément aux dispositions de l'article 470-1 du Code de procédure pénale, la juridiction correctionnelle saisie, à l'initiative du ministère public ou sur renvoi d'une juridiction d'instruction, de poursuites exercées pour une infraction non intentionnelle au sens des deuxième, troisième et quatrième alinéas de l'article 121-3 du Code pénal, et qui prononce une relaxe demeure compétente, sur la demande de la partie civile ou de son assureur formulée avant la clôture des débats, pour accorder, en application des règles du droit civil, réparation de tous les dommages résultant des faits qui ont fondé la poursuite.

Par application de ces règles, l'assemblée plénière énonce que, lorsque la partie civile sollicite du juge pénal qu'il se prononce selon les règles du droit civil, elle doit présenter l'ensemble des moyens qu'elle estime de nature à fonder ses demandes, de sorte qu'elle ne peut saisir le juge civil des mêmes demandes, fussent-elles fondées sur d'autres moyens. En revanche, lorsque la partie civile n'a pas usé de la faculté

qui lui est ouverte par l'article 470-1 du Code de procédure pénale, elle ne peut être privée de la possibilité de présenter ses demandes de réparation devant le juge civil. L'interprétation contraire aboutirait à priver d'effet l'option de compétence qui lui est ouverte par la loi n° 83-608 du 8 juillet 1983 dans l'objectif de garantir le droit effectif de toute victime d'infraction d'obtenir l'indemnisation de son préjudice.

**** Cass. crim., 19 avril 2023, n° 22-83.355 : les juges n'ont pas à motiver le choix de la peine lorsque celle-ci est obligatoire, ni le recours à l'exécution provisoire**

Dans cet arrêt du 19 avril 2023, la Chambre criminelle affirme qu'il résulte de l'article 485-1 du Code de procédure pénale que les juges n'ont pas à motiver le choix de la peine, au regard des dispositions des articles 132-1 et 132-20 du Code pénal, lorsque celle-ci est obligatoire, ce qui est le cas de la peine d'inéligibilité depuis la loi n° 2017-739 du 15 septembre 2017. En outre, ni l'article 485-1 du Code de procédure pénale ni aucune autre disposition législative ne prévoient l'obligation pour les juges de motiver le choix d'assortir une peine d'inéligibilité de l'exécution provisoire.

*** Cass. crim., 19 avril 2023, n° 22-82.994 : la confiscation du produit de l'infraction, lorsqu'elle est ordonnée en valeur, doit être motivée**

Dans cet arrêt du 19 avril 2023, la Chambre criminelle énonce que la dérogation au principe de motivation prévue par les articles 132-1 du code pénal et 485-1 du code de procédure pénale pour la peine de confiscation du produit ou de l'objet de l'infraction étant d'interprétation stricte, la confiscation du produit de l'infraction, lorsqu'elle est ordonnée en valeur, doit être motivée en tenant compte de la gravité des faits, de la personnalité de leur auteur et de sa situation personnelle.

*** Cass. crim., 19 avril 2023, n° 22-85.243 : le refus de restitution d'un bien, même instrument ou produit direct ou indirect de l'infraction, doit réserver les droits du tiers de bonne foi**

Dans cet arrêt du 19 avril 2023, la Chambre criminelle rappelle que, conformément aux dispositions de l'article 99, alinéa 4, du Code

de procédure pénale, il n'y a pas lieu à restitution par la juridiction d'instruction notamment lorsque le bien saisi est l'instrument ou le produit direct ou indirect de l'infraction. Néanmoins, ce texte doit être interprété à la lumière des dispositions de l'article 6, § 2, de la directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014, ce dont il résulte que les droits du tiers de bonne foi doivent être réservés, que le bien soit l'instrument ou le produit direct ou indirect de l'infraction. Est ainsi censurée la décision des juges du fond ayant refusé de restituer un bien constituant l'instrument de l'infraction sans constater que le demandeur ne faisait valoir sur celui-ci aucun titre de détention régulier, ni rechercher s'il était de bonne foi.

*** Cass. crim., 19 avril 2023, n° 23-80.675 : l'avocat irrégulièrement désigné ne peut interjeter appel d'une ordonnance du juge d'instruction**

Dans cet arrêt du 19 avril 2023, la Chambre criminelle affirme qu'il ne résulte d'aucune disposition conventionnelle ou légale qu'un avocat, qui n'a pas été personnellement désigné dans les formes prévues par l'article 115 du Code de procédure pénale, serait recevable à interjeter appel d'une ordonnance du juge d'instruction, quand bien même il exercerait au sein de la même société civile professionnelle que l'avocat régulièrement choisi et serait l'associé ou le collaborateur de ce dernier.

Cette solution vient en écho d'une précédente décision aux termes de laquelle la Cour de cassation a énoncé que l'absence de délivrance du permis de communiquer aux collaborateurs et associés de l'avocat choisi, en conformité avec les dispositions de l'article 115 du Code de procédure pénale, ne saurait constituer une atteinte aux droits de la défense. En conséquence, le demandeur ne saurait se prévaloir d'une violation des droits de la défense prise de la seule absence de délivrance du permis de communiquer aux avocats collaborateurs et associés de l'avocat choisi (Cass. crim., 13 décembre 2022, n° 22-85.810).

**** Cons. const., déc. n° 2023-1046 QPC du 21 avril 2023 : constitutionnalité des dispositions permettant la mise en œuvre de perquisitions dans les locaux d'un ministère**

En l'espèce, la Chambre criminelle a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité rédigée en ces termes : « Les dispositions des articles 56, 57, alinéa 1^{er}, et 96 du code de procédure pénale, en ce qu'elles autorisent la perquisition au sein du siège d'un ministère, lieu d'exercice du pouvoir exécutif au sens de l'article 20 de la Constitution, sans assigner de limites spécifiques à cette mesure, ni l'assortir de garanties spéciales de procédure permettant de prévenir une atteinte disproportionnée à la séparation des pouvoirs, portent-elles atteinte à ce principe, garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ainsi qu'à l'article 34 de la Constitution qui impose au législateur de fixer les règles concernant la procédure pénale ? » (Cass. crim., 17 février 2023, n° 22-85.784).

Dans sa décision du 21 avril 2023, le Conseil constitutionnel rappelle que l'article 56 du Code de procédure pénale détermine les conditions selon lesquelles les perquisitions et saisies peuvent être réalisées dans le cadre d'une enquête de flagrance. Les articles 56-1 à 56-5 du même Code prévoient des garanties particulières encadrant ces opérations lorsqu'elles sont réalisées dans des lieux abritant des documents couverts par certains secrets. Le quatrième alinéa de l'article 96 prévoit que ces dispositions sont applicables aux perquisitions effectuées par le juge d'instruction.

Les Sages rappellent également qu'il résulte du premier alinéa de l'article 61-1 de la Constitution que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Il ajoute que, si le principe de la séparation des pouvoirs, tel qu'il résulte de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, peut être invoqué devant le Conseil constitutionnel saisi en application dans le cadre du contrôle *a priori* de constitutionnalité des lois, sa méconnaissance ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit. En conséquence, le grief tiré de la méconnaissance de l'étendue de sa compétence

par le législateur dans des conditions affectant le principe de la séparation des pouvoirs ne peut qu'être écarté.

Le Conseil affirme finalement que les dispositions contestées, qui ne méconnaissent aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarées conformes à la Constitution.

Les vidéos, podcasts et autres ressources

Dans cette rubrique, chaque mois vous retrouverez une sélection des vidéos, podcasts et autres ressources réalisés par l'équipe du CRISP.

Vous pouvez retrouver nos podcasts sur SoundCloud et iTunes en vous abonnant à « Les Podcasts de l'ISP ». Le descriptif des podcasts et les liens ci-dessous.

Le plan d'action 2023 pour la procédure civile

A la suite des Etats généraux de la Justice et du rapport remis au président de la République en juillet 2022, le garde des Sceaux, Éric Dupond-Moretti, a présenté, en ce début d'année 2023, son plan d'action.

Afin de répondre aux difficultés de la Justice, le ministre de la Justice prône des mesures concrètes dans l'idée, l'espoir, d'une justice plus rapide, plus protectrice, plus efficace, plus proche, plus exigeante.

Concrètement, le plan d'action prévoit une hausse importante des moyens humains et financier. Encore, le plan prévoit diverses mesures en matière civile et une refonte de la procédure pénale afin de la simplifier et de la moderniser.

L'objectif de la réforme est ambitieux : diviser par deux les délais de procédures en matière civile.

Nous allons, dans le cadre de ce podcast, examiner les annonces faites en matière civile, et se poser la question de savoir si les objectifs affichés sont ou non réalisables.

Aussi, nous recevons Franck TOURET, professeur de droit civil au sein de la Prépa ISP.

<https://soundcloud.com/prepaisp/le-plan-daction-2023-pour-la-procedure-civile>

La crise des années 1970 et ses conséquences

Les années 1970 constituent une rupture dans l'histoire économique et politique du monde. Sur le plan géopolitique, elles témoignent d'un mouvement qui initie la fin de la guerre froide. Parallèlement, la construction européenne s'élargit et s'approfondit à mesure que l'Europe se démocratise.

Cependant, sur un plan économique, ce sont également des années de rupture avec une nouvelle crise, celle des années 1970. Si elle semble moins grave que celle de 1929, elle va avoir des conséquences économiques, sociales voire politiques et idéologiques très importantes. Et ce d'autant plus qu'elle fait suite à une période de croissance économique exceptionnelle, celle des Trente Glorieuses.

Pour revenir sur la crise des années 1970 et son impact sur le monde contemporain, nous recevons Jérôme Calauzènes, agrégé d'histoire, professeur de géopolitique, Enseignant d'histoire à Sc.-Po. Saint-Germain, et Enseignant à la Prépa ISP.

<https://soundcloud.com/prepaisp/la-crise-des-annees-1970-et-ses-consequences>

Qu'est-ce que le « parlementarisme rationalisé » ?

Il y a quelques jours, le Président de la République donnait son feu vert en Conseil des Ministres pour le déclenchement du 11ème 49-3 depuis le début du quinquennat par sa Première ministre Élisabeth Borne provoquant immédiatement la colère des députés de l'opposition....

La décision du Gouvernement d'engager sa responsabilité sur le projet de réforme des retraites a, depuis, déclenché une colère sociale, alors même qu'il s'agit d'une disposition constitutionnelle tout à fait « légale » conçue en 1958 conformément à ce que la doctrine appelait le « parlementarisme rationalisé ».

Peu d'entre nous, et je pense à tous nos étudiants qui vont passer les concours, connaissent les rouages de la démocratie parlementaire et les procédures qui se jouent au Parlement... j'ai donc invité un fin

connaisseur des coulisses, professeur d'institutions politiques à Sciences Po et bien sûr enseignant de culture générale à la prépa ISP.

<https://soundcloud.com/prepaisp/quest-ce-que-le-parlementarisme-rationalise>

Frontex - Interview de Fabrice Leggeri

Dès le début des années 2000 et suite à la mise en place de l'espace Schengen en 1995 permettant la libre circulation entre les états membres, les différents organismes de décision de l'Union européenne (Commission, Conseil, Comité économique et social européen) ont avancé la nécessité de renforcer la coopération entre les états membres pour la surveillance et la protection des frontières.

Pour cela, a été créée en 2004 Frontex, l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures, remplacée en 2016 par L'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes.

En 2022, l'agence, dont le siège se trouve à Varsovie, en Pologne, disposait du plus budget des agences européennes, c'est-à-dire presque 750 millions d'euros, et d'environ 2000 personnels actifs répartis entre différents corps (police, gendarmerie, douanes, administratif) et détachés de plusieurs états membres.

Le 1er mars 2023, le néerlandais Hans Leijtens prenait la direction de l'agence à la suite de français Fabrice Leggeri, directeur exécutif depuis 2015.

La mission principale de Frontex est la coopération entre les agents des différents états membres pour assurer une protection des frontières plus efficace. L'Agence joue ainsi plusieurs rôles : elle aide à l'enregistrement et à l'identification des migrants à leur arrivée, elle coordonne les moyens humains et techniques dans des opérations particulièrement importantes, qu'elles soient maritimes, aériennes ou terrestres. Enfin, elle lutte contre l'immigration illégale et la criminalité transfrontalière (trafics, terrorismes etc.).

Récemment, et au-delà des scandales que les médias se font un plaisir de relayer, l'Agence est confrontée à un dilemme empirique que Monsieur Leggeri résumait en une phrase : « Entre l'impératif de ne pas laisser des gens passer irrégulièrement et, de l'autre, le principe de non-refoulement parce que toute personne en besoin de protection a droit à l'asile, comment fait-on ? »

Nous allons revenir aujourd'hui, sur l'historique de l'agence, ses missions qu'elles soient politiques, diplomatiques ou opérationnelles, et également son avenir.

Pour aborder ses questions, nous avons la chance d'accueillir la personne la plus à même de nous en parler, puisque nous recevons aujourd'hui et avec beaucoup d'honneur, l'ancien directeur exécutif de Frontex, Monsieur Leggeri.

<https://soundcloud.com/prepaisp/frontex-interview-de-fabrice-leggeri>

Dix questions sur le stationnement payant sur voirie

En 2018, le législateur a opéré une importante réforme du stationnement payant sur voirie. Cette thématique peut sembler relativement banale, mais se trouve en réalité au cœur des politiques publiques.

Le stationnement a toujours constitué un rôle important en matière de dynamisme économique des grands centres urbains, d'activité des commerçants et artisans.

Plus encore, la politique du stationnement payant est au cœur des problématiques de mobilité, dans un contexte de transition écologique.

Cette thématique n'est par ailleurs pas dénuée d'aspects juridiques et se trouve au cœur des préoccupations quotidiennes de chacun, que vous résidiez en zone urbaine, ou que vous vous rendiez dans ces zones pour y exercer votre activité professionnelle ou à titre de loisirs.

A y regarder de plus près, on constate surtout que cet outil juridique et son usage sont aujourd'hui fréquemment dénoncés par la société civile comme « injuste », qualifiés par certains « d'instrument fiscal » quand d'autres n'hésitent pas à parler de « racket en bande organisée des automobilistes ».

Vous l'aurez compris, le stationnement payant sur voirie constitue une thématique actuelle, brûlante et sensible pour la plupart d'entre nous.

Pour en parler, nous accueillons Vincent Mazzocchi, avocat inscrit au Barreau de Paris et Docteur en droit public.

<https://soundcloud.com/prepaisp/dix-questions-sur-le-stationnement-payant-sur-voirie>

Les tueurs en série

Les récits d'affaires criminelles vraies ou « true crime » en anglais sont toujours plus plébiscités, comme l'étaient en leur temps les rubriques de faits divers.

Il s'agit d'un genre à part entière qui trouve son origine dans une des œuvres de Truman Capote : In Cold Blood (de Sang froid en français) publié en 1966, relatant l'histoire de l'assassinat d'une famille de fermiers par deux petits criminels. Pour l'écrire, le romancier va rencontrer les deux meurtriers à de nombreuses reprises en prison. Il va dès lors inspirer nombre d'auteurs et faire de ces récits d'histoire criminelle un véritable phénomène de sociétés.

Aujourd'hui les médias les relatant sont légion : chroniques, magazines podcasts, docu-séries ou docufictions, chaînes youtube dédiées... Tous les supports sont utilisés et connaissent un vif succès auprès du public.

Parmi ces histoires, les tueurs en série, leur enfance, leurs actes et leur psychologie semblent particulièrement interpeler le public.

Sur Netflix, la série sur Jeffrey Dahmer, tueur cannibale et nécrophile a atteint le milliard de vues après 60 jours en ligne.

Partant, l'histoire des tueurs en série appartient assurément à la culture populaire et constitue un sujet étudié de sociologie et science criminelle.

Pourquoi une telle fascination ? Qu'est-ce que leur étude nous a apporté ?

Quelle place occupent ces récits dans notre culture et dans le monde judiciaire ?

Pour nous en parler aujourd'hui nous recevons Julie Haberman et Valentine Haberman, respectivement directrice et directrice adjointe de la Prépa ISP.

<https://soundcloud.com/prepaisp/les-tueurs-en-serie>

La difficile affirmation républicaine dans les années 1880-1890

Après avoir envisagé la Révolution française, la France du premier empire, nous vous proposons dans ce podcast de revenir sur la IIIe République.

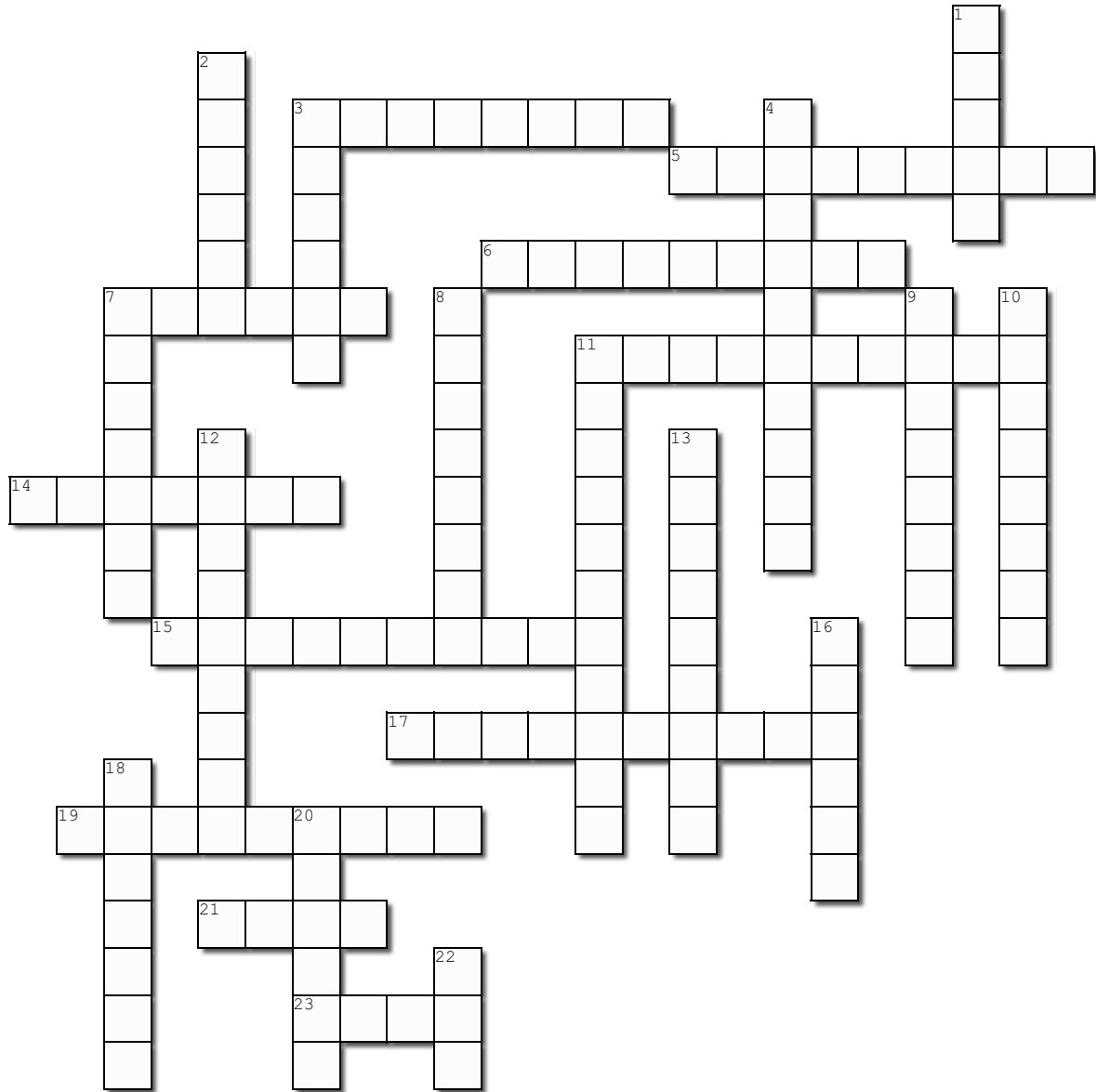
« Vous êtes tous des fils de 89 ! Vous avez été affranchis comme citoyens de la Révolution française, vous allez être émancipés comme instituteurs par la République de 1880 : comment n'aimeriez-vous pas aimer dans votre enseignement et la révolution et la République ? » clame Jules Ferry dans un discours adressé aux instituteurs en 1881 lors du congrès pédagogique. Cela montre bien le rôle de ces personnages clés qu'ont été les « hussards noirs de la République », nom donné aux instituteurs qui ont largement promu les valeurs républicaines.

Cette république, mise en place le 4 septembre 1870, met du temps à s'installer pendant les années 1870, mais elle va devoir ensuite s'enraciner dans l'esprit des Français, malgré les difficultés, dans les années 1880-1890.

Pour cette période charnière de l'histoire française, nous recevons Jérôme Calauzènes, agrégé d'histoire, professeur de géopolitique, Enseignant d'histoire à Sc.-Po. Saint-Germain, et Enseignant à la Prépa ISP.

<https://soundcloud.com/prepaisp/la-difficile-affirmation-republicaine-dans-les-annees-1880-1890>

Mot croisés BMA 64



Created using the Crossword Maker on TheTeachersCorner.net

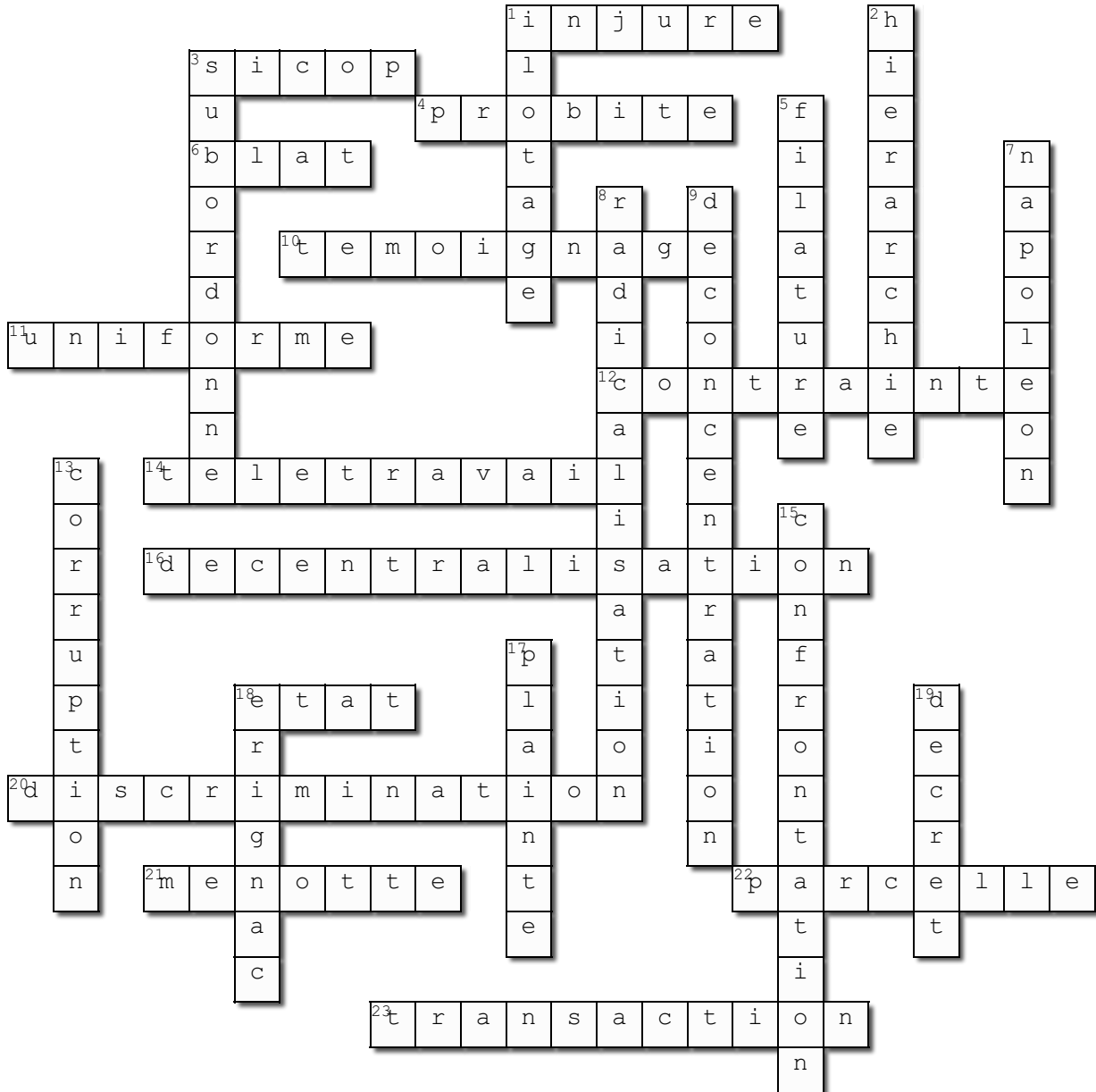
Horizontal

3. Le grand arrêt sur les conditions du recours en annulation
5. Demande sans litige
6. Cette loi précise le fonctionnement des pouvoirs publics
7. Arrêt de la CJCE de 1982
11. Lorsque l'électeur ne vote pas
14. Témoin d'Outre-Manche
15. Quand la souveraineté appartient au peuple
17. Délit pénal d'observation d'autrui à son insu
19. Recueil de règles
21. Poignarder à Londres
23. Gros de 358 articles

Vertical

1. Directeur général de la police nationale
2. Lorsqu'il est en mouvement, il est contestataire
3. Ce service est exercé par une autorité publique
4. C'est une faute
7. Ce crime est passible de la peine de mort
8. Alibi madrilène
9. Ce traité modifie l'exercice du pouvoir européen
10. C'est illégal en Angleterre
11. Expulsion allemande
12. personne qui réclame justice
13. Ligne de conduite
16. Celui qui les garde est ministre
18. Agence de garde-frontières
20. Ecrit bien solennel
22. Communauté de Défense Européenne créée en 1952

Mot croisés BMA 63



Created using the Crossword Maker on TheTeachersCorner.net

Horizontal

1. Offense grave (**injure**)
3. Service d'information de la Police (**sicop**)
4. Honnête scrupuleuse (**probite**)
6. Bureau de lutte contre la radicalisation (**blat**)
10. Ce que l'on a vu ou cru voir (**temoignage**)
11. Costume militaire (**uniforme**)
12. Entrave à la liberté d'action (**contrainte**)
14. Travail à la maison (**teletravail**)
16. Transfert de compétences (**decentralisation**)
18. Quand il est civil, il est public (**etat**)
20. Traiter différemment (**discrimination**)
21. Bracelet de fer (**menotte**)
22. Superficie d'un propriétaire (**parcelle**)
23. Contrat entre acheteur et vendeur (**transaction**)

Vertical

1. Partage d'une ville (**ilotage**)
2. Organisation sociale (**hierarchie**)
3. Il dépend d'un chef (**subordonne**)
5. Surveillance (**filature**)
7. Créateur de la Préfecture de Police de Paris (**napoleon**)
8. Rupture religieuse (**radicalisation**)
9. Aménagement de l'Etat unitaire (**deconcentration**)
13. Sorte d'avilissement (**corruption**)
15. Débat, conflit (**confrontation**)
17. Rapport à une autorité (**plainte**)
18. Préfet assassiné (**erignac**)
19. Acte réglementaire (**decret**)

