

**CRFPA 2022**



# **DOSSIER D'ACTUALISATION**

# **Droit Pénal**

**J. Bourcellier**

## Table des matières

<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>2</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE NON EXHAUSTIVE .....</b>	<b>6</b>
I. DROIT PENAL GENERAL ET PENOLOGIE .....	6
II. DROIT PENAL SPECIAL ET DES AFFAIRES .....	6
I. GENERALITES .....	7
- Document n° 1 : Renforcement du statut du lanceur d'alerte - - Commentaire des principales dispositions de la loi du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (C.-H. Boeringer et K. Chaïb, Dr. pénal 2022, étude n° 12) : .....	7
- Document n° 2 : Protection des lanceurs d'alerte et rôle du Défenseur des droits : les enseignements des lois du 21 mars 2022 (P. Dufourq, D. actualité, 6 avr. 2022) : .....	15
- Document n° 3 : « 24, voilons la police ! » (Ph. Conte, Dr. pénal 2021, repère 2) : .....	19
- Document n° 4 : La répression des dérives sectaires en droit pénal (A. Martin et D. Ferro, AJ pénal 2021, p. 393) : .....	21
II. DROIT PENAL GENERAL .....	28
A. La légalité pénale .....	28
1) Le principe de la légalité criminelle .....	28
- Document n° 5 : Rendre la justice pénale moins imprévisible (P. de Combles de Nayves, AJ pénal 2021, p. 472) : .....	28
- Document n° 6 : Prévisibilité d'un revirement de jurisprudence in pejus (P. Conte, Dr. pénal 2021, comm. n° 175) : .....	34
- Document n° 7 : La loi bavarde : l'exemple du guet-apens (F. Safi, Dr. pénal 2021, étude n° 4) : .....	35
- Document n° 8 : Interdiction de gérer et principe de légalité criminelle (R. Salomon, Dr. sociétés 2021, comm. n° 97) : .....	41
2) La loi pénale dans le temps .....	42
- Document n° 9 : Inexécution de la peine prononcée pour un fait qui, en vertu d'une loi postérieure au jugement, n'a plus le caractère d'une infraction pénale : notion de loi (Ph. Conte, Dr. pénal 2021, comm. n° 176) : .....	43
- Document n° 10 : Inexécution de la peine à la suite d'une réserve constitutionnelle (P. Conte, Dr. pénal 2021, comm. n° 218) : .....	44
- Document n° 11 : Abaissement des modalités d'aménagement de peine par la loi du 23 mars 2019 : application réservée de cette modification plus sévère aux faits commis à compter du 24 mars 2020 (J. Gallois, D. actualité, 19 nov. 2020) : .....	45
- Document n° 12 : Affaire « Julie » ou l'opposition de la chambre criminelle à une présomption de non-consentement en faveur du mineur de 15 ans (J. Gallois, JCP n° 13, 29 mars 2021, 351) : .....	50
- Document n° 13 : L'application dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité des textes incriminateurs (R. Mesa, AJ pénal 2022, p. 38) : .....	52
3) La loi pénale dans l'espace .....	54
- Document n° 14 : Les paradoxes de la compétence universelle de la France pour juger les crimes contre l'humanité (P. Beauvais, RSC 2021, p. 41) : .....	54
- Document n° 15 : Application de la loi pénale dans l'espace : pot-pourri de blanchiment (Ph. Conte, Dr. pénal 2021, comm. n° 23) : .....	62
- Document n° 16 : Application de la loi pénale dans l'espace : destruction ou détournement d'un bien confisqué (Ph. Conte, Dr. pénal 2021, comm. n° 199) : .....	63
B. La tentative .....	63
- Document n° 17 : Tentative punissable : l'approche pragmatique et subjective de la Cour de cassation (P. Beauvais, RSC 2021, p. 607) : .....	63
C. La responsabilité pénale .....	68
1) Le complice .....	68
- Document n° 18 : Affaire Lafarge : précisions sur l'information judiciaire ouverte pour complicité de crime contre l'humanité (J. Lasserre-Capdeville, AJ pénal 2021, p. 469) : .....	68
- Document n° 18 bis : Complicité de crimes contre l'humanité et constitution de partie civile en matière de financement du terrorisme (S. Detraz, JCP G 2021, n° 42, 1 096) : .....	74

2) La personne morale .....	81
- Document n° 19 : Responsabilité pénale des personnes morales : nécessaire identification de l'organe ou du représentant (P. Pisoni, Rev. sociétés 2020, p. 697) : .....	81
- Document n° 20 : Le point sur la responsabilité pénale des personnes morales (E. Mercier-Pantalacci et M. Snitsar, AJ pénal 2021, p. 413) : .....	82
- Document n° 21 : Responsabilité pénale des personnes morales : preuve du caractère frauduleux d'une opération de fusion-absorption (P. Conte, Dr. pénal 2021, comm. 20 4) : .....	88
D. Irresponsabilité pénale .....	89
1) Les causes objectives d'exonération de la responsabilité pénale.....	89
- Document n° 22 : Les baïonnettes intelligentes appliquées au flash-ball et au bâton télescopique (Y. Mayaud, RSC 2022, p. 54) : .....	89
- Document n° 23 : L'humour, cause d'irresponsabilité pénale (E. Dreyer, RSC 2022, p. 77) : .....	91
- Document n° 24 : L'état de nécessité, un intrus des actions écologistes (D. Pamart, AJ pénal 2021, pp. 413) : .....	92
- Document n° 25 : Décrocheurs de portraits, état de nécessité et contrôle de proportionnalité : la chambre criminelle recadre le débat (G. Chetard, AJ pénal 2021, pp. 533 et 535) : .....	95
- Document n° 26 : Infraction justifiée ou répression injustifiée : une possible dualité de mécanismes de légitimation (P. Rousseau, Dr. pénal 2022, étude n° 8) : .....	98
- Document n° 27 : Une nouvelle cause d'irresponsabilité pénale (H. Leclerc, AJ pénal 2021, p. 507) : 104	
2) Les causes subjectives d'exonération de la responsabilité pénale .....	109
- Document n° 28 : Affaire Sarah Halimi : peu importent les raisons de la folie (S. Hasnaoui-Dufrenne, D. actualité, 28 avr. 2021) : .....	109
- Document n° 29 : Les transformations de l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental (L. Ascensi, AJ pénal 2021, p. 452) : .....	114
- Document n° 30 : De l'irresponsabilité pénale à la répression de la consommation volontaire de substances psychoactives (C. Ménabé, Dalloz étudiant, 24 mars 2022) : .....	121
- Document n° 31 : Les nouveaux liens entre substances psychoactives, perte du discernement et responsabilité pénale (C. Lethurmy, AJ pénal 2022, p. 135) : .....	124
- Document n° 32 : L'erreur de droit invincible et insensible (J. Leborne, AJ pénal 2021, p. 366) : .....	132
E. Les peines.....	134
- Document n° 33 : Cumul de qualifications lors de poursuites concomitantes : chant du cygne pour le principe ne bis in idem ? (C.-H. Boeringer et G. Courvoisier-Clément, AJ pénal 2022, p. 34) : .....	134
- Document n° 34 : La confiscation en 4 QPC (V. Peltier, Dr. pénal 2021, comm. n° 195) : .....	142
- Document n° 35 : Non-cumul d'infractions procédant d'une action unique : la Cour de cassation confirme son approche du principe ne bis in idem (J. Gallois, Rev. sociétés 2021, p. 189) : .....	144
III. DROIT PENAL SPECIAL .....	148
A. Les infractions contre les personnes.....	148
1) Les crimes contre l'humanité.....	148
- Document n° 36 : Élément moral (P. Conte, Dr. pénal 2021, comm. n° 197) : .....	148
- Document n° 37 : Pas de crime contre l'humanité sans un plan concerté d'attaque généralisée ou systématique (Y. Mayaud, RSC 2022, p. 51) : .....	149
2) Les violences.....	152
- Document n° 38 : Du possible lien entre violences volontaires et homicide involontaire (J. Boudot, AJ pénal 2021, p. 264) : .....	152
- Document n° 39 : Jeux d'enfants, violences volontaires et intention (Y. Mayaud, RSC 2022, p. 58) : 156	
- Document n° 40 : Jeux violents d'enfants et abstentions d'agir (Y. Mayaud, RSC 2022, p. 60) : .....	158
- Document n° 41 : Les violences volontaires entre la lettre et l'esprit de l'article 222-13 du code pénal (Y. Mayaud, RSC 2021, p. 89) : .....	159
- Document n° 42 : De l'aggravation des violences commises dans un établissement pénitentiaire (J.-Ph. Vicentini, AJ pénal 2021, p. 38) : .....	161
- Document n° 43 : Rappel sur les éléments constitutifs de l'administration de substances nuisibles (S. Douider, AJ Pénal 2021, p. 261) : .....	163
- Document n° 44 : Qu'est-ce qu'une infirmité permanente ? (Y. Mayaud, RSC 2022, p. 61) : .....	165
- Document n° 45 : De la séquestration à la libération, ou du relais de la volonté (Y. Mayaud, RSC 2021, p. 837) : .....	167

- Document n° 46 : Porosité entre la faute caractérisée et la faute délibérée (Ph. Conte, Dr. pénal 2022, comm. n° 61) :.....	168
- Document n° 47 : La covid-19 n'est pas encore soluble dans le délit de mise en danger (D. Pamart, AJ pénal 2022, p. 212) :.....	169
3) Le meurtre.....	172
- Document n° 48 : Scène unique de violence (Ph. Conte, Dr. pénal 2022, comm. n° 80) :.....	172
4) L'abus de faiblesse.....	173
- Document n° 49 : Appréciation du caractère « gravement préjudiciable » des agissements du prévenu (Ph. Conte, Dr. pénal 2021 comm. n° 65) :.....	173
5) Le harcèlement moral.....	174
- Document n° 50 : Appréciation de la répétition (Ph. Conte, Dr. pénal 2021, comm. n° 157) :.....	175
6) Les infractions sexuelles.....	175
- Document n° 51 : Le « non » à une relation sexuelle en cours, ou de l'ambiguïté du défaut de consentement (Y. Mayaud, RSC 2021, p. 350) :.....	176
- Document n° 52 : Éléments constitutifs du viol : encore des progrès à faire ! (A. Darsonville, AJ pénal 2020, p. 590) :.....	178
- Document n° 53 : Que reste-t-il de l'atteinte sexuelle ? (B. Le Dévédec, Dr. pénal 2021, étude 22) :	180
- Document n° 54 : Affaire « Julie » ou l'opposition de la chambre criminelle à une présomption de non-consentement en faveur du mineur de 15 ans (J. Gallois, JCP G 2021, n° 13, 351) :.....	185
- Document n° 55 : Critère du caractère sexuel d'une agression (Ph. Conte, Dr. pénal 2021, comm. n° 81) :	187
- Document n° 56 : La loi visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste. - Une avancée attendue de longue date... au goût d'inachevé (C. Hardouin-Le Goff, JCP 2021, nos 19-20, 513) :	190
- Document n° 57 : Infractions sexuelles - Sexe, droit et minorité : l'impensable discernement (B. Le Dévédec, Dr. pénal 2022, étude 13) :.....	197
B. Les infractions contre les biens.....	201
1) Les infractions de droit commun.....	201
- Document n° 58 : Définition jurisprudentielle de la coaction en matière d'escroquerie (H. Matsopoulou, RSC 2021, p. 839) :.....	201
- Document n° 59 : La présentation de bordereaux, faisant état d'une fausse facturation, n'est pas constitutive de manoeuvres frauduleuses (H. Matsopoulou, RSC 2021, p. 842) :.....	205
- Document n° 60 : Abus de confiance : la « prévisibilité » du revirement jurisprudentiel sur le « détournement du temps de travail » (H. Matsopoulou, RSC 2021, p. 845) :.....	208
- Document n° 61 : Non bis in idem : application du principe à un usage de faux et à une escroquerie commise à l'encontre de victimes différentes (Ph. Conte, Dr. pénal 2021, comm. n° 105) :.....	211
- Document n° 62 : Faux : constitue le délit la falsification du procès-verbal d'assemblée d'une association (Ph. Conte, Dr. pénal 2021, comm. n° 160) :.....	211
- Document n° 63 : Mensonge dans une décision de justice (Ph. Conte, Dr. pénal 2021, comm. n° 42) :	212
2) Les infractions spécifiques à la vie des affaires.....	214
- Document n° 64 : Mentir n'est pas toujours abuser (J.-H. Robert, Dr. pénal 2021, comm. n° 187) :	214
- Document n° 65 : Element matériel de l'abus de biens sociaux (R. Salomon, Dr. sociétés 2021, comm. n° 140) :.....	215
- Document n° 66 : Un compte courant d'associé débiteur n'est pas automatiquement constitutif d'abus de biens sociaux (R. Salomon, Dr. sociétés 2021, comm. n° 113).....	216
- Document n° 68 : Pot-pourri autour de l'abus de biens sociaux (R. Salomon, Dr. sociétés 2021, comm. n° 127) :.....	218
- Document n° 69 : Dol spécial et imputabilité (R. Salomon, Dr. sociétés 2021, comm. n° 153) :.....	221
- Document n° 70 : Les avocats seraient-ils des commerçants ? (J.-H. Robert, Dr. pénal 2022, comm. n° 89) :	224
- Document n° 71 : Les pratiques commerciales trompeuses au prisme du respect du code de procédure pénale (principe du secret de l'enquête) et du code pénal (responsabilité pénale des personnes morales) (C. Ambroise-Castérot, RSC 2022, p. 65) :.....	226
- Document n° 72 : La réforme du délit de prise illégale d'intérêts par la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 : confiance dans l'institution judiciaire ou défiance dans l'institution parlementaire ? (Fr. Stasiak, Dr. pénal 2022, étude 6) :.....	229

C. Les infractions en matière de terrorisme.....	236
- Document n° 73 : Prévention d'actes de terrorisme et renseignement.- Commentaire de la loi n° 2021-998 du 30 juillet 2021 (P. Rousseau et Fr. Rousseau, Dr. pénal 2021, étude 18) : .....	236

## Bibliographie non exhaustive

Code pénal, édition en cours (Dalloz ou LexisNexis)

### I. Droit pénal général et pénologie

**B. Bouloc**, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, « Précis », dernière éd.

**F. Desportes et F. Le Gunehec**, *Droit pénal général*, Economica, coll. « Corpus », dernière éd.,

**Y. Mayaud**, *Droit pénal général*, PUF, coll. « Droit fondamental », dernière éd.,

**X. Pin**, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Cours Dalloz », dernière éd.

**J. Pradel**, *Manuel de droit pénal général*, Cujas, coll. « Manuels », dernière éd.,

**M.-L. Rassat**, *Droit pénal général*, Ellipses, coll. « Cours magistral », dernière éd.

**H. Renout**, *Droit pénal général*, Paradigme, coll. « Manuel », dernière éd.

**G. Stéfani, G. Levasseur et B. Bouloc**, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Précis », dernière éd.

### II. Droit pénal spécial et des affaires

**M. Benillouche et J.-Y. Maréchal**, *Leçons de droit pénal spécial*, Ellipses, coll. « Leçons de droit ».

**D. Calfoun**, *Les infractions en droit pénal spécial*, Gualino, 1<sup>re</sup> éd.

**Ph. Conte**, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, dern. éd.

**M. Daury**, *Droit pénal spécial*, PUF, CEPRISCA, coll. « essais ».

**A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon**, *Droit pénal des affaires*, LexisNexis, coll. « Manuel », dernière éd.

**M.-P. Lucas de Leyssac et A. Mihman**, *Droit pénal des affaires : manuel théorique et pratique*, Economica.

**J. Pradel et M. Danti-Juan**, *Manuel de droit pénal spécial : droit commun, droit des affaires*, Cujas, coll. « Manuels », dernière éd.

**M. Véron**, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, coll. « cours », dernière éd.

\* \*

\*

**N. Jeanne**, *Le droit pénal en cas pratique*, Dalloz, coll. « Réussir mon droit », dern. éd.

## I. Généralités

- **Document n° 1 : Renforcement du statut du lanceur d'alerte - . - Commentaire des principales dispositions de la loi du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (C.-H. Boeringer et K. Chaïb, Dr. pénal 2022, étude n° 12) :**

Cinq ans après la loi Sapin 2, le législateur français a saisi l'occasion de la transposition d'une directive européenne pour renforcer le statut et la protection des lanceurs d'alerte en France. Il paraissait nécessaire que la France continue d'élever ses standards en faveur d'une meilleure effectivité des dispositifs d'alerte au sein des entreprises françaises. Toutefois, en s'orientant exclusivement vers la protection des lanceurs d'alerte, et en consacrant la fin de la hiérarchisation des canaux, la loi a sous-estimé la nécessité de protéger également les entreprises contre les usages malveillants des alertes.

1. - Contexte général. - Dans un contexte sociétal qui tend à favoriser la parole (speak up), tant dans la sphère privée que dans la sphère publique, le statut des lanceurs d'alerte devait être réévalué. Surtout, à l'instar de la dernière actualité relative à la lanceuse d'alerte Frances Haugen entendue par la commission des lois de l'Assemblée nationale en novembre dernier, les lanceurs d'alerte occupent une place de plus en plus importante dans le débat démocratique et l'utilité de leur rôle n'est plus contestée.

2. - La directive européenne. - La réflexion juridique a été relancée au niveau européen et a donné lieu à la directive 2019/1937 du 23 octobre 2019 Note 1 . L'objectif poursuivi par la directive était de fixer un cadre de référence commun de reconnaissance et de protection des lanceurs d'alerte dans tous les États membres. La Commission européenne a donné aux États membres jusqu'au 17 décembre 2021 pour transposer la directive dans leur législation nationale.

3. - L'impératif de renforcer le dispositif mis en place par la loi Sapin 2. - De son côté, la France s'était dotée, 5 ans plus tôt, d'un dispositif analogue, introduit par la loi Sapin 2 Note 2 , et qui a très largement inspiré la réflexion au niveau européen. En plus d'obliger les entreprises de plus de cinquante salariés à se doter d'un dispositif de recueil d'alertes, la loi Sapin 2 accordait un statut et une protection aux lanceurs d'alerte. La France a ainsi été l'un des premiers pays à légiférer en la matière, faisant figure de pionnière. Au terme d'un bilan détaillé, le rapport d'évaluation parlementaire Gauvain-Marleix du 7 juillet 2021 a pointé les faiblesses du dispositif Sapin 2 et la nécessité de le réformer Note 3 .

4. - La loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 : une loi équilibrée ? - À l'issue d'un parcours législatif efficace (une seule lecture par chambre), la loi a été promulguée le 21 mars 2022 Note 4 . Le cadre des règles imposées par la directive a limité la marge de manœuvre du législateur français, sans pour autant empêcher un débat parlementaire de qualité tout au long de son parcours législatif. La proposition de loi initiale, déposée le 21 juillet 2021, allait plus loin dans la protection du lanceur d'alerte, par certaines de ses dispositions, à l'instar de celle qui prévoyait une immunité pénale absolue du lanceur d'alerte, y compris en cas d'obtention illicite de l'information faisant l'objet de l'alerte. Après le triple filtre du Sénat, de la commission mixte paritaire et du Conseil constitutionnel, elle a fini par aboutir à une version plus équilibrée, et soucieuse de renforcer la protection du lanceur d'alerte tout en préservant les droits des entreprises. Ce texte a d'ailleurs obtenu le satisfecit des associations de défense des lanceurs d'alerte. Les innovations de cette loi peuvent être présentées autour de cinq thèmes : la définition du lanceur d'alerte, le nouveau statut relatif à l'entourage du lanceur

d'alerte, le renforcement des mesures de protection, la fin de la hiérarchisation des canaux et les obligations pesant sur les entreprises.

#### 1. Une définition des lanceurs d'alerte élargie

5. - L'abandon du critère de désintéressement. - La loi Sapin 2 réservait le statut de lanceur d'alerte aux personnes agissant de bonne foi et de manière désintéressée. L'ambiguïté du critère de désintéressement avait causé des difficultés d'interprétation devant les tribunaux. Or, l'objectif premier de cette rédaction était de refuser le statut de lanceur d'alerte à toute personne qui recevrait une contrepartie financière pour procéder au signalement, se distinguant ainsi de façon claire du système américain dans lequel la rémunération des lanceurs d'alerte est admise. En ce sens, l'article 1er de la loi du 21 mars 2022 a ainsi clarifié la notion de désintéressement en exigeant désormais que l'auteur du signalement agisse « sans contrepartie financière directe ». L'ajout du mot « directe » permettra toutefois qu'un lanceur d'alerte, non rémunéré pour divulguer une information, puisse a posteriori recevoir des dons. Cette clarification apporte une plus grande sécurité juridique mais la définition française du lanceur d'alerte demeure plus restrictive que celle de la directive qui se limite à exiger du lanceur d'alerte qu'il ait « des motifs raisonnables de croire que les informations signalées sont véridiques au moment du signalement », sans restriction liée à l'éventualité d'une contrepartie.

6. - La suppression de la condition tenant à la connaissance personnelle des faits. - Autre évolution majeure, l'article 1er de la loi du 21 mars 2022 n'impose plus au lanceur d'alerte qu'il ait personnellement eu connaissance des faits dès lors qu'il agit dans un contexte professionnel. Un salarié qui signale des faits qu'on lui aurait seulement rapportés pourra donc bénéficier du statut de lanceur d'alerte. En revanche, conformément à la directive européenne, cette condition est maintenue lorsque les informations n'ont pas été obtenues dans un cadre professionnel.

7. - Extension du domaine de l'alerte. - Enfin, l'élargissement de la définition du lanceur d'alerte tient également à l'extension du champ de l'alerte. L'article 1er de la loi du 21 mars 2022 n'exige plus d'une part, que la violation soit « grave et manifeste », et d'autre part, que la menace ou le préjudice pour l'intérêt général soit « grave ». En outre, elle permet désormais que l'alerte porte sur la simple tentative de dissimulation d'une violation. Enfin, l'alerte n'aura plus l'obligation de porter sur « un crime ou un délit » mais seulement sur « des informations » portant sur un crime ou un délit. Reste à voir si cette différence de sémantique emporte de réels changements pratiques dans les faits.

8. - Certains domaines demeurent toutefois exclus (tels que le secret-défense, le secret médical et le secret avocat/client), et ont été complétés par le secret des délibérations judiciaires et le secret de l'enquête et de l'instruction, conformément à la directive.

9. - L'extension de la liste des personnes susceptibles d'effectuer un signalement interne. - Alors que la loi Sapin 2 permettait aux seuls membres du personnel et aux collaborateurs « extérieurs et occasionnels » d'effectuer un signalement interne, la loi du 21 mars 2022 étend cette possibilité aux anciens membres du personnel, aux candidats à un emploi, aux dirigeants, actionnaires, associés et tout titulaire de droits de vote au sein de l'assemblée générale de l'entité, aux membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entité, aux cocontractants et sous-traitants ainsi qu'aux membres de leur organe d'administration, de direction ou de surveillance ou de leur personnel.

#### 2. Un nouveau statut pour l'entourage des lanceurs d'alerte

10. - L'introduction de la notion de « facilitateurs » et d'autres tiers protégés. - La grande innovation du régime du lanceur d'alerte réside dans la protection accordée à l'entourage du lanceur d'alerte. Cette innovation majeure a été introduite par la directive européenne. L'objectif est d'une part, de protéger plus largement le lanceur d'alerte, et d'autre part, d'éviter son isolement. Conformément à la directive, l'article 2 de la loi du 21 mars 2022 scinde l'entourage du lanceur d'alerte en trois catégories :



\*

les personnes physiques ou morales de droit privé à but non lucratif qui aident un lanceur d'alerte à effectuer un signalement ou une divulgation, désignées par le terme de « facilitateurs » ;

\*

les personnes physiques en lien avec le lanceur d'alerte et qui risquent des mesures de représailles dans le cadre de leurs activités professionnelles de la part de leur employeur, de leur client ou du destinataire de leurs services ;

\*

les entités juridiques contrôlées par un lanceur d'alerte, pour lesquelles il travaille ou avec lesquelles il est en lien dans un contexte professionnel.

11. - Les personnes morales de droit privé à but non lucratif : l'exception française. - La loi étend la définition de facilitateurs aux personnes morales de droit privé à but non lucratif, là où la directive s'en tient aux seules personnes physiques agissant dans un contexte professionnel Note 5 . Le législateur français a donc fait le choix de surtransposer pour garantir une protection aux associations et aux organisations syndicales qui peuvent jouer un rôle actif dans le signalement de l'alerte. Toutefois, la portée de cette disposition doit être relativisée. Comme le souligne le rapporteur du texte au Sénat, toutes personnes physiques ou morales qui aident le lanceur d'alerte bénéficient de plein droit de l'irresponsabilité pénale, en tant que complices, et de l'irresponsabilité civile. L'intérêt principal du statut de facilitateur concerne donc l'interdiction de prendre des mesures de représailles contre les personnes concernées. Or, les mesures de représailles visées par la directive et la loi n'ont d'effet, pour la plupart, qu'à l'encontre de personnes physiques. Concernant le cas particulier des organisations syndicales, celles-ci sont déjà protégées du fait de leur statut au surplus.

12. - Des mesures de protection équivalentes. - Conformément à la directive, l'article 2 de la loi du 21 mars 2022 accorde une protection équivalente à l'entourage du lanceur d'alerte : l'irresponsabilité civile et pénale, l'interdiction de mesures de représailles à leur encontre, la procédure de référé prud'homale, la possibilité de bénéficier de l'inversion de la charge de la preuve, d'une provision pour frais d'instance, de l'abondement du compte professionnel de formation, de la procédure d'amende civile, etc. L'article 9 de la loi consacre également leur introduction à l'article 225-1 du Code pénal, réprimant ainsi toute discrimination à leur encontre.

### 3. Des mesures de protection renforcées

13. - L'élargissement du champ des représailles et la sanction de la menace et de la tentative. - Le principe d'interdiction des sanctions et discriminations énoncé par la loi Sapin 2 portait essentiellement sur des mesures touchant à la carrière du salarié (licenciement, formation, promotion, rémunération, affectation, etc.). Sous l'impulsion de la directive, la loi du 21 mars 2022 a intégré une liste plus complète de représailles plus diffuses ou indirectes, telles que les atteintes à la réputation de la personne sur les réseaux sociaux, les intimidations ou encore l'orientation abusive vers un traitement psychiatrique ou médical. Tout acte ou décision relatif à l'une de ces mesures sera nul de plein droit. De plus, conformément à la directive, l'interdiction de prononcer une mesure de représailles est étendue aux menaces et tentatives de recourir à ces mesures.

14. - La consécration d'une irresponsabilité civile en cas de signalement de bonne foi. - L'article 6 de la loi du 21 mars 2022 consacre l'irresponsabilité civile du lanceur d'alerte pour les préjudices pouvant découler de son alerte effectuée de bonne foi. Dès lors que le lanceur d'alerte pouvait raisonnablement considérer que le signalement ou la divulgation publique des informations considérées était nécessaire à la sauvegarde des intérêts en cause, il ne pourra être tenu civilement responsable des dommages causés par celle-ci.

15. - L'élargissement de l'irresponsabilité pénale. - La loi Sapin 2 consacrait l'irresponsabilité pénale du lanceur d'alerte qui divulguait des informations portant atteinte à un secret légal. La nouvelle loi étend l'irresponsabilité pénale du lanceur d'alerte et de ses complices à la soustraction, au détournement et au recel de documents confidentiels, à condition qu'il ait eu accès aux informations contenues dans ces documents « de manière licite ». Autrement dit, le lanceur d'alerte qui signalerait des faits auxquels il aurait eu accès en mettant sur écoute des membres de la direction, ou en accédant à des dossiers informatiques dont l'accès était restreint, pourra toujours voir sa responsabilité pénale engagée. Cette limite ne se retrouvait pas dans la proposition de loi initiale qui consacrait l'irresponsabilité pénale du lanceur d'alerte, même en cas d'accès frauduleux à l'information révélée, dès lors que cet accès aurait été « strictement nécessaire et proportionné aux fins d'exercer son droit d'alerter ». Ce n'est qu'au stade de l'examen du texte par le Sénat, que la condition de licéité dans l'obtention de l'information a été introduite, visant à assurer un meilleur équilibre entre droits des lanceurs d'alerte et protection des entreprises et, ainsi, éviter d'encourager des salariés mal intentionnés à commettre des infractions sans être inquiétés.

16. - Le renforcement des sanctions contre les procédures dilatoires et abusives. - Face à l'absence d'effectivité du régime répressif actuel Note 6 , la loi du 21 mars 2022 restructure l'arsenal de sanctions contre les pratiques dilatoires ou abusives, dites procédures « bâillon » ayant vocation à intimider le lanceur d'alerte ou à le décourager face à la complexité, la longueur et le coût des procédures judiciaires dans lesquelles il aurait à se défendre. Désormais, toute procédure abusive dirigée contre un lanceur d'alerte pourra être sanctionnée d'une amende civile de 60 000 €, prononcée par les juridictions civiles ou pénales, en plus d'une peine complémentaire d'affichage ou de diffusion de la décision prononcée Note 7 . Le Conseil constitutionnel a toutefois limité le prononcé d'une telle amende en censurant l'article 11 de la loi qui permettait au tribunal correctionnel, en cas de relaxe, de prononcer une telle amende lorsqu'il a été saisi à l'issue d'une information ouverte sur plainte avec constitution de partie civile Note 8 . Cette faculté avait été introduite par un cavalier législatif selon une procédure contraire à la Constitution. Le tribunal correctionnel pourra néanmoins toujours prononcer une telle amende, en cas de relaxe, lorsqu'il aura été saisi sur citation directe (CPP, art. 392-1).

17. - L'amende civile n'est pas incompatible avec l'octroi de dommages et intérêts au lanceur d'alerte.

18. - Autres mesures de protection. - La loi du 21 mars 2022 introduit également de nouvelles dispositions visant à renforcer la protection des lanceurs d'alertes. Parmi ces mesures :

\*

la pénalisation des représailles sous l'angle de la discrimination. Le législateur a, en effet, modifié l'article 225-1 du Code pénal pour inclure les lanceurs d'alerte, les facilitateurs et toutes personnes en lien avec les lanceurs d'alerte à la liste des personnes pouvant être victimes de discrimination. La discrimination est punie de 3 ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende ;

\*

l'introduction d'un principe de non-discrimination à l'article L. 1121-2 du Code du travail ;

\*

l'allocation d'une provision pour frais de l'instance, pouvant aller jusqu'à couvrir les subsides, et pouvant être définitivement acquise à tout moment de la procédure ;

\*

l'instauration de mesures de soutien psychologique et d'un secours financier temporaire de la part des autorités compétentes si la situation du lanceur d'alerte s'est gravement dégradée en raison du signalement ;

\*

l'abondance du compte professionnel de formation du salarié lanceur d'alerte jusqu'au plafond par le conseil des prud'hommes à l'occasion de tout litige.

19. - En outre, la loi organique promulguée le même jour Note 9 renforce le rôle du Défenseur des droits, en prévoyant notamment :

\*

la création d'un adjoint au Défenseur des droits chargé d'accompagner les lanceurs d'alerte ;

\*

la possibilité de certifier la qualité de lanceur d'alerte sous forme d'un avis ;

\*

le devoir d'informer et de conseiller les lanceurs d'alerte et leur entourage sur leurs droits et libertés.

4. La fin de la hiérarchisation des canaux de signalement interne et externe

20. - Un véritable « changement de paradigme ». - La loi du 21 mars 2022 abandonne la hiérarchisation des canaux en permettant au lanceur d'alerte de choisir librement entre un signalement interne et un signalement externe direct. C'est là le « changement de paradigme » décrit par le député Sylvain Waserman qui a porté la proposition de loi. L'absence absolue de hiérarchisation est conforme aux termes de la directive mais ignore l'article 7 de celle-ci, moins commenté, qui somme les États membres d'encourager le signalement par le biais de canaux de signalement interne avant un signalement externe « lorsqu'il est possible de remédier efficacement à la violation en interne et que l'auteur de signalement estime qu'il n'y a pas de risque de représailles ».

21. - Les risques associés. - Outre le risque d'antagoniser davantage les relations entre les salariés et l'entreprise, la fin de la hiérarchisation des canaux emporte avec elle un risque majeur pour les entreprises. Ces dernières seront privées de la primeur d'être informées en premier lieu d'éventuels dysfonctionnements en leur sein, d'enquêter sur les faits allégués et d'y remédier au plus vite, voire d'informer elles-mêmes les autorités en cas de faits graves afin de bénéficier d'une clémence en cas de résolution négociée. De manière plus générale, elle les expose au risque de dénonciations publiques par des salariés malintentionnés, qui serait hautement préjudiciable en termes de réputation. En somme, la nouvelle loi oblige les entreprises à redoubler d'efforts pour mettre en place des dispositifs d'alerte internes robustes, sophistiqués et incitatifs sans aucune garantie qu'ils soient utilisés par leurs salariés. Or, le dispositif d'alerte se situe au cœur du programme de conformité de l'entreprise et en constitue la colonne vertébrale. Un dispositif d'alerte efficace est un dispositif qui permet de remonter beaucoup d'alertes et à l'entreprise ultimement d'améliorer ses procédures internes afin d'éviter que les faits ne se reproduisent. En privant l'entreprise de ce bénéfice, la nouvelle loi risque d'affaiblir indirectement son programme de conformité. Il nous semble ici que la loi a manqué une approche plus positive qui aurait, par exemple, consisté à encourager les entreprises à récompenser les lanceurs d'alerte afin d'inciter les salariés à se saisir du dispositif.

22. - Un canal externe précisé et renforcé. - Le législateur a esquissé la liste des autorités externes compétentes pour recueillir et traiter les signalements externes. Parmi celles-ci :

\*

des autorités administratives, des autorités publiques indépendantes, des autorités administratives indépendantes, des ordres professionnels et des personnes morales chargées d'une mission de service public Note 10 ;

\*

le Défenseur des droits ;

\*

l'autorité judiciaire ;

\*

ou une institution de l'Union européenne compétente pour recueillir les alertes.

23. - Un décret déterminera plus précisément la liste de ces autorités. Ces autorités devront traiter les signalements dans des délais qui seront également fixés par décret mais qui ne pourront, en tout état de cause, être supérieurs à ceux fixés par la directive, à savoir un délai de 7 jours pour accuser réception et de 3 mois (6 mois dans des cas dûment justifiés) pour traiter l'alerte.

24. - La divulgation publique reste soumise à certaines conditions. - Bien qu'étendus, les cas dans lesquels une alerte peut directement être rendue publique restent strictement encadrés par la loi. Ils sont au nombre de trois :

1° lorsqu'à la suite d'un signalement externe, précédé ou non d'un signalement interne, aucune mesure n'a été prise en réponse au signalement dans les délais fixés par décret. Ce cas était déjà prévu par la loi Sapin 2 ; 2° en cas de danger grave et imminent, sauf lorsque le lanceur d'alerte agit dans le cadre de ses activités professionnelles. Dans ce dernier cas, il bénéficiera d'une condition plus souple, conforme à la directive, et pourra procéder à une divulgation publique en cas de « danger imminent ou manifeste pour l'intérêt général, notamment lorsqu'il existe une situation d'urgence ou un risque de préjudice irréversible ». La possibilité de divulgation sera donc plus souple dans le cadre professionnel, conformément à la directive ; 3° lorsque la saisine des autorités fait courir au lanceur d'alerte un risque de représailles ou ne permettrait pas de remédier efficacement à l'objet de l'alerte. L'alerte publique sera également possible si le lanceur d'alerte a des motifs sérieux d'estimer que l'autorité est en conflit d'intérêts, en collusion avec l'auteur ou impliquée dans les faits objet de l'alerte. Ces nouvelles situations dans lesquelles l'alerte publique sera autorisée transposent précisément les termes de la directive européenne.

5. Les obligations des entreprises

25. - Le champ d'application des entreprises assujetties. - La directive européenne et la loi de transposition imposent aux entreprises de plus de 50 salariés de mettre en place une procédure de recueil et de traitement des signalements. Ce seuil existait déjà dans la loi Sapin 2. Pour les acteurs publics, seules les personnes morales de droit public employant plus de 50 agents et les communes de 10 000 habitants ou plus seront concernées par les nouvelles obligations. Quant aux entreprises de moins de 50 salariés, si elles n'ont pas l'obligation de mettre en place une procédure similaire, elles doivent néanmoins offrir la possibilité à leurs salariés de lancer une alerte auprès de leur supérieur hiérarchique direct ou indirect, à leur employeur ou à un référent désigné par celui-ci Note 11 .

26. - Comme la loi Sapin 2, la nouvelle loi ne prévoit aucune sanction en cas d'absence de dispositif interne.

27. - La mise en place d'une procédure interne de recueil et de traitement des signalements. - La nouveauté apportée par la loi du 21 mars 2022 réside dans l'obligation de mettre en place une procédure qui couvre également le traitement des alertes. L'importance de cette nouveauté doit toutefois aussitôt être relativisée. En effet, même si la loi Sapin 2 ne parlait que de procédure de « recueil » des alertes, les entreprises ne s'étaient pas dispensées de prévoir des règles internes pour les traiter. Les plus sophistiquées d'entre elles se sont même dotées de procédures d'enquêtes internes propres, en complément de leurs procédures présentant le dispositif d'alerte. Elles devront désormais modifier leurs procédures pour y inclure les nouvelles règles de traitement des signalements prévues par la loi.

28. - Les délais de traitement et autres garanties de confidentialité et d'indépendance. - Le véritable changement porte sur les modalités de traitement de l'alerte. La confidentialité devra désormais concerner tout tiers mentionné dans l'alerte, et non plus le seul auteur du signalement et les « personnes visées » par l'alerte. Les procédures de recueil et de traitement des alertes seront également soumises à des garanties d'indépendance et d'impartialité qui restent à être fixées par décret. Ces garanties pourront consister à ce que le signalement puisse

être adressé à une personne située en dehors de la ligne de reporting et bénéficiant d'une forme d'indépendance par rapport aux faits signalés. Ce garant hors hiérarchie pourrait être le directeur de la conformité lorsque les entreprises sont dotées d'une telle fonction. Ce pourrait être également le directeur de l'audit, un membre indépendant du conseil d'administration ou un comité ad hoc.

29. - En outre, la loi prévoit des délais de retours d'information à l'auteur du signalement, qui seront également précisés par décret. Ces délais devront être conformes à la directive, c'est-à-dire ne pas dépasser les 7 jours pour accuser réception et 3 mois pour effectuer un retour d'informations à l'auteur du signalement. Ces délais ne seront pas applicables aux signalements anonymes Note 12 .

30. - Le décret à venir devrait également préciser les modalités de clôture et de conservation des signalements, de collecte et de destruction des données, ainsi que les conditions dans lesquelles le recueil des signalements peut être confié à un tiers. Ces nouvelles précisions annuleront ou modifieront les garanties actuellement exigées par la loi Sapin 2 et son décret d'application Note 13 .

31. - La consultation des instances de dialogue social et l'inscription au règlement intérieur. - Les entreprises assujetties devront établir leur procédure de recueil et de traitement des signalements après consultation des instances de dialogue social et dans les conditions qui seront fixées par décret. Il est, par ailleurs, recommandé que toute modification de la procédure de recueil existante soit également soumise à cette exigence. En outre, afin d'améliorer l'information des salariés, l'article 4 de la loi impose d'inscrire l'existence du dispositif de protection des lanceurs d'alerte au sein du règlement intérieur.

32. - Quid de dispositifs d'alerte mutualisés et d'un dispositif central groupe ? - Conformément à la directive Note 14 , l'article 3 de la loi du 21 mars 2022 prévoit la possibilité pour les entreprises de moins de 250 salariés de mettre en commun leurs procédures de recueil et de traitement des signalements dans le respect de conditions qui seront fixées par décret Note 15 . Cette disposition vise à alléger les obligations pesant sur les moyennes entreprises, qui disposent de moins de ressources.

33. - La question de l'application de la disposition relative à la mutualisation des procédures aux groupes de société a suscité de vifs débats. Une telle application imposerait en effet aux filiales de plus de 250 salariés d'avoir un dispositif d'alerte et des ressources propres pour recevoir les alertes et enquêter. Dans le silence de la directive, la Commission européenne, interpellée par plusieurs entreprises, a indiqué dans une lettre en date du 2 juin 2021 que la mutualisation des ressources n'était possible que pour les sociétés comptant entre 50 et 249 salariés, indépendamment de leur appartenance à un groupe de sociétés Note 16 .

34. - Au niveau national, la proposition initiale ne contenait aucune disposition relative aux groupes de sociétés, ce qui avait suscité l'inquiétude des groupes de sociétés concernés. C'est par le truchement d'un amendement sénatorial que la spécificité des groupes a été introduite. La loi promulguée prévoit désormais que le dispositif d'alerte pourra être commun à plusieurs ou à l'ensemble des sociétés d'un groupe. Cette évolution est positive pour plusieurs raisons :

\*

elle évite de faire peser sur les entreprises des contraintes techniques et organisationnelles trop lourdes ;

\*

elle permet à la société mère de garder une pleine visibilité des alertes et difficultés rencontrées au sein du groupe, et donc de mieux gérer son risque pénal ;

\*

la pratique montre que le lanceur d'alerte sera souvent plus enclin à signaler des faits qui se seraient déroulés au sein de sa filiale à la société mère, plus éloignée et indépendante.

35. - Il est à espérer que le décret à venir, amené à préciser ces dispositions, en conserve l'esprit.

36. - Bilan. - La loi du 21 mars 2022 entrera en vigueur le 1er septembre 2022, laissant ainsi 6 mois aux entreprises pour adapter leur dispositif d'alerte interne. À date, demeure un certain nombre d'incertitudes que le décret attendu devrait lever. Reste également à voir comment la possibilité d'adresser directement un signalement externe sera appréhendée, en pratique, par les salariés. ■

Note 1 C. Noiville, Transposition de la directive sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union : JCP G 2021, 370.

Note 2 L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016 : JO 10 déc. 2016, texte n° 2. – M. Segonds, Les apports de la loi du 9 décembre 2016 à l'anticorruption : Dr. pén. 2017, étude 4. – F. Stasiak, La privatisation de la lutte contre la corruption : Dr. pén. 2019, dossier 2.

Note 3 La mission d'évaluation de la loi Sapin 2 a rendu ses conclusions : JCP E 2021, act. 543.

Note 4 La loi visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte est publiée : JCP E 2021, act. 267 ; JCP A 2022, act. 235.

Note 5 Définition des facilitateurs dans la directive : « [p]ersonne physique qui aide un auteur de signalement au cours du processus de signalement dans un contexte professionnel et dont l'aide devrait être confidentielle ».

Note 6 Tel que le souligne le rapport Gauvain-Marleix : « [m]algré la création de délits spécifiques, le ministère de la Justice a indiqué qu'aucune condamnation n'a été prononcée pour les délits d'entrave à une alerte ou de divulgation de l'identité d'un lanceur d'alerte » (rapp. Gauvain-Marleix, 7 juill. 2021, préc.).

Note 7 Article 9 de la loi, insérant un nouvel article 13-1 dans la loi Sapin 2.

Note 8 Cons. const., 17 mars 2022, n° 2022-839 DC : JO 22 mars 2022.

Note 9 L. org. n° 2022-400, 21 mars 2022 : JO 22 mars 2022, texte n° 1. – Le rôle du Défenseur des droits en matière de signalement d'alerte est renforcé : JCP S 2022, act. 128.

Note 10 L. n° 2022-401, 21 mars 2022, art. 3 .

Note 11 L. n° 2022-401, 21 mars 2022, art. 3, al. 16 .

Note 12 L. n° 2022-401, 21 mars 2022, art. 3 .

Note 13 D. n° 2017-564, 19 avr. 2017 .

Note 14 Comm. UE, dir. 2019/1937, 23 oct. 2019, art. 8-6 : « Les entités juridiques du secteur privé qui comptent 50 à 249 travailleurs peuvent partager des ressources en ce qui concerne la réception des signalements et les enquêtes éventuelles à mener ».

Note 15 L'article 3, alinéa 23 de la nouvelle loi offre également la possibilité de mutualiser les procédures de recueil et de traitement aux personnes publiques.

Note 16 Dans la même lettre, la Commission européenne a précisé que la directive offrait, cependant, certaines souplesses, parmi lesquelles :

\*

la possibilité pour les filiales de moins de 250 salariés de bénéficier des moyens d'enquête de leur société mère, à condition que (i) des canaux de signalement restent disponibles au niveau des filiales, que (ii) le lanceur d'alerte puisse s'opposer à la remontée d'informations vers la société mère et qu' (iii) il bénéficie d'un retour d'information au niveau de la filiale ;

\*

la possibilité de porter à la connaissance de la société mère les signalements relevant des problèmes structurels au sein du groupe sur accord du lanceur d'alerte ;

\*

la possibilité de rendre accessible aux salariés des filiales le dispositif d'alerte groupe afin de leur laisser le choix du niveau auquel il souhaite porter leur signalement.

- **Document n° 2 : Protection des lanceurs d’alerte et rôle du Défenseur des droits : les enseignements des lois du 21 mars 2022 (P. Dufourq, D. actualité, 6 avr. 2022) :**

*L. n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d’alerte, JO 22 mars*

*L. org. n° 2022-400 du 21 mars 2022 visant à renforcer le rôle du Défenseur des droits en matière de signalement d’alerte, JO 22 mars*

Les lois visant à améliorer la protection des lanceurs d’alerte et à renforcer le rôle du Défenseur des droits ont été promulguées, le 21 mars dernier. Elles viennent renforcer le dispositif de protection des lanceurs d’alerte conçu par la loi Sapin II et transposer la directive européenne sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l’Union européenne.

C’est une loi particulièrement attendue qui vient parachever le dispositif de protection des lanceurs d’alerte qui avait été dessiné par la loi du 9 décembre 2016, dite « Sapin II » et qui, par la même, transpose la directive du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l’Union européenne.

Parallèlement à l’adoption de cette loi, il est utile de noter qu’une loi organique visant à renforcer les prérogatives du Défenseur des droits en matière de signalement d’alerte a été adoptée le même jour.

Plusieurs points d’intérêts méritent l’attention à l’instar de l’élargissement de la définition du lanceur d’alerte, de la création d’un statut de facilitateur dans le cadre de la réalisation du signalement, la mise en œuvre de canaux de signalement simplifiés, l’instauration de mesures de protection renforcées, enfin les nouvelles missions dévolues au Défenseur des droits.

Les nouveaux contours de la définition de lanceur d’alerte

Le premier article de la loi du 21 mars 2022 vient compléter la définition du lanceur d’alerte telle que prévue à l’origine par l’article 6 de la loi Sapin II.

La notion de lanceur d’alerte désigne désormais « une personne physique qui signale ou divulgue sans contrepartie financière directe et de bonne foi, des informations portant sur un crime, un délit, une menace ou un préjudice pour l’intérêt général, une violation ou une tentative de dissimulation d’une violation, d’un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d’un acte unilatéral d’une organisation internationale pris sur le fondement d’un tel engagement, du droit de l’Union européenne, de la loi ou du règlement ».

Plusieurs observations méritent ici d’être apportées. Tout d’abord, la notion de désintéressement qui avait été jugée trop floue est désormais remplacée par le concept de « sans contrepartie financière directe », dont l’acception est plus concrète.

Ensuite, la loi précise que, lorsque les informations n’ont pas été obtenues dans le cadre professionnel, le lanceur d’alerte doit en avoir eu personnellement connaissance. Ce faisant, le législateur vient élargir le champ des alertes pouvant être traitées.

Il est intéressant de relever que désormais les alertes pourront porter sur des « informations » relatives à un délit, un crime ou une violation de la loi mais également « les tentatives de dissimulations de ces violations ». Au-delà, la violation de la règle n'aura plus à être grave et manifeste.

La liste des informations exclues du régime de lanceur d'alerte est également élargie. Est ainsi interdite la divulgation de faits, informations ou documents ayant trait au secret de la défense nationale, au secret médical, au secret des délibérations judiciaires, au secret de l'enquête, au secret de l'instruction judiciaire ou encore au secret professionnel de l'avocat.

#### Le statut de facilitateur

À l'origine, la loi Sapin II était muette quant au sort des personnes qui ont aidé le lanceur d'alerte à réaliser le signalement.

L'article 2 de la loi vient pallier cette lacune en transposant en droit interne le concept de « facilitateur » qui trouve son origine dans la directive européenne, laquelle le définit comme « une personne physique qui aide un auteur de signalement au cours du processus de signalement dans un contexte professionnel et dont l'aide devrait être confidentielle ».

Le texte européen a souhaité consacrer une protection aux facilitateurs contre les mesures de représailles comme en témoigne son considérant 40 : « La protection devrait être assurée contre les mesures de représailles prises non seulement directement à l'encontre des auteurs de signalement eux-mêmes, mais aussi contre celles qui peuvent être prises indirectement, y compris à l'encontre des facilitateurs, des collègues ou des proches de l'auteur de signalement qui sont également en lien dans un contexte professionnel avec l'employeur, le client ou le destinataire des services de l'auteur de signalement ».

La loi visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte retient quant à elle comme définition du facilitateur : « toute personne physique ou toute personne morale de droit privé à but non lucratif qui aide un lanceur d'alerte à effectuer un signalement ou une divulgation dans le respect de la loi ». Ce faisant, elle retient un champ d'application plus étendu que la directive en permettant aux personnes morales de droit privé à but non lucratif de bénéficier d'une telle protection légale.

#### Les différents canaux de signalement

La loi reprend les trois canaux de signalement que permettait la loi Sapin II, à savoir la réalisation d'un signalement interne, externe ou une divulgation publique, mais supprime la hiérarchie en trois temps qui existait à l'origine.

Désormais, le lanceur d'alerte peut choisir entre un signalement interne, c'est-à-dire au sein de l'entreprise, et un signalement externe à l'attention de l'autorité compétente, du défenseur des droits, à la justice ou un organe européen.

L'alerte publique ne pourra être mise en œuvre que dans certains cas :

- en absence de traitement à la suite d'un signalement externe dans un certain délai ;
- en cas de risque de représailles ou si le signalement n'a aucune chance d'aboutir ;
- ou en cas de « danger grave et imminent » ou pour les informations obtenues dans un cadre professionnel en cas de « danger imminent ou manifeste pour l'intérêt général ».



Ce nouveau régime retient pour l'alerte publique des critères particulièrement étendus et porte en germe un risque d'insécurité juridique pour les justiciables. Il apparaît en effet délicat de définir clairement ce qu'est un danger imminent ou manifeste pour l'intérêt général ou encore de déterminer les situations à l'occasion desquelles le signalement n'a aucune chance d'aboutir.

L'instauration de mesures de protection renforcées

Tout d'abord, les éléments de nature à identifier le lanceur d'alerte ne peuvent être divulgués qu'avec le consentement de celui-ci. Ils peuvent toutefois être communiqués à l'autorité judiciaire, dans le cas où les personnes chargées du recueil ou du traitement des signalements sont tenues de dénoncer les faits à celle-ci.

La loi prévoit également des causes d'exonération de la responsabilité civile en son article 6. Cette disposition prévoit que les personnes ayant signalé ou divulgué publiquement des informations dans le respect de la loi ne sont pas civilement responsables des dommages causés du fait de leur signalement ou de leur divulgation publique dès lors qu'elles avaient des motifs raisonnables de croire, lorsqu'elles y ont procédé, que le signalement ou la divulgation publique de l'intégralité de ces informations était nécessaire à la sauvegarde des intérêts en cause.

De la même façon, le texte prévoit que les personnes qui réalisent un signalement dans le respect des exigences des articles 6 et 8 de la loi Sapin II bénéficient de l'irresponsabilité pénale telle que consacrée à l'article 122-9 du code pénal.

Enfin, une attention particulière est apportée pour lutter contre les mesures de représailles. C'est ainsi que les personnes à l'origine d'un signalement, les facilitateurs [...], ne peuvent faire l'objet de mesure de représailles ni de menaces ou de tentatives de ces mesures.

Le texte dresse une liste particulièrement étendue de faits susceptibles d'être considérés comme une mesure de représailles. Constitue ainsi une mesure de représailles :

- la suspension, mise à pied, licenciement ou mesures équivalentes ;
- rétrogradation ou refus de promotion ;
- transfert de fonctions, changement de lieu de travail, réduction de salaire, modification des horaires de travail ;
- suspension de la formation ;
- évaluation de performance ou attestation de travail négative ;
- mesures disciplinaires imposées ou administrées, réprimande ou autre sanction, y compris une sanction financière ;
- coercition, intimidation, harcèlement ou ostracisme ;
- discrimination, traitement désavantageux ou injuste ;
- non-conversion d'un contrat de travail à durée déterminée ou d'un contrat temporaire en un contrat permanent, lorsque le travailleur pouvait légitimement espérer se voir offrir un emploi permanent ;
- non-renouvellement ou résiliation anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée ou d'un contrat temporaire ;
- préjudice, y compris les atteintes à la réputation de la personne, en particulier sur un service de communication au public en ligne, ou pertes financières, y compris la perte d'activité et la perte de revenu ;

- mise sur liste noire sur la base d'un accord formel ou informel à l'échelle sectorielle ou de la branche d'activité pouvant impliquer que la personne ne trouvera pas d'emploi à l'avenir dans le secteur ou la branche d'activité ;
- résiliation anticipée ou annulation d'un contrat pour des biens ou des services ;
- annulation d'une licence ou d'un permis ;
- orientation abusive vers un traitement psychiatrique ou médical.

Des mesures de soutien financier sont également consacrées par le texte. C'est ainsi qu'une provision pour frais de justice pourra être accordée au lanceur d'alerte qui conteste une mesure de représailles ou une procédure « baillon » à son encontre (c'est-à-dire une procédure ayant pour finalité d'intimider et de contraindre au silence le lanceur d'alerte). De même, une provision peut être accordée lorsque la situation financière du lanceur d'alerte s'est largement dégradée.

Des mesures de soutien psychologique et financier sont enfin prévues par les autorités externes, lesquelles peuvent être saisies directement ou via le Défenseur des droits.

#### Le rôle du Défenseur des droits en matière de signalement

La loi organique du 9 décembre 2016 avait précisé le périmètre des missions du Défenseur des droits, lequel est compétent pour orienter les lanceurs d'alerte vers les autorités compétentes, pour recevoir leur signalement et veiller à leurs droits et leurs libertés.

La loi du 21 mars 2022 vient compléter ses missions en précisant que le Défenseur des droits interviendra pour informer, conseiller les lanceurs d'alerte et « défendre » leurs droits et libertés. Ces nouvelles missions seront conférées à un nouvel adjoint au Défenseur des droits chargé de l'accompagnement des lanceurs d'alerte.

Il est à noter que ces mesures sont destinées aux lanceurs d'alerte mais également aux facilitateurs.

Par ailleurs, le Défenseur des droits pourra recevoir directement les signalements. Il sera ainsi en charge de leurs recueil et traitement. Si, toutefois, le signalement ne rentre pas dans son périmètre de compétence, le lanceur d'alerte sera orienté vers l'autorité compétente.

Par ailleurs, le Défenseur de droits est compétent pour « certifier » au moyen d'un avis la qualité de lanceur d'alerte d'une personne, soit au titre de la protection générale des lanceurs d'alerte, soit au titre d'un régime sectoriel de protection.

#### Le contrôle du Conseil constitutionnel

Ces deux lois ont été déférées pour contrôle au Conseil constitutionnel, lequel s'est prononcé à l'occasion de deux décisions du 17 mars 2022 (décis. nos 2022-839 et 2022-838 DC, AJDA 2022. 605 ). En ce qui concerne tout d'abord, la loi visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte, le Conseil constitutionnel conclut à la conformité de cette loi à l'exception de son article 11. Cet article avait vocation à modifier l'article 392-1 du code de procédure pénale afin de permettre au tribunal correctionnel, en cas de relaxe, de condamner la partie civile à une amende civile lorsqu'il a été saisi à l'issue d'une information ouverte sur plainte avec constitution de partie civile et qu'il estime que cette plainte était abusive ou dilatoire.

Le Conseil constitutionnel vient ainsi censurer l'introduction de ce cavalier législatif en relevant qu'il était adopté selon une procédure contraire à la Constitution car ne présentant

pas de lien même indirect avec la proposition de loi déposée sur le bureau de l'Assemblée nationale.

S'agissant ensuite de la loi organique relative au Défenseur des droits, le Conseil constitutionnel valide les dispositions déferées sous une réserve d'interprétation, laquelle consiste pour le Premier ministre à pouvoir mettre fin aux fonctions de l'adjoint chargé de l'accompagnement des lanceurs d'alerte sur la proposition du Défenseur des droits.

Ces considérations étant faites, il convient d'attendre les prochains décrets d'application, lesquels viendront notamment définir les garanties d'indépendance et d'impartialité de la procédure d'enquête ainsi que les délais de retour d'information fait à l'auteur du signalement.

- **Document n° 3 : « 24, voilons la police ! » (Ph. Conte, Dr. pénal 2021, repère 2) :**

Pour certains milieux, l'arrivée de la police, loin de rassurer, est inquiétante. Tel le piqué d'un épervier dans un vol d'hirondelles, elle suscite une dispersion en tous sens, après un cri d'alarme sous la forme d'un « 22 ! » encourageant à jouer la fille de l'air. Se disant alors que la police, heureusement, veille sur eux, les citoyens paisibles peuvent dormir, satisfaits, sur leurs deux oreilles.

Il se pourrait, cependant, que, bientôt, la seule vue d'un unique policier suffise à effrayer même l'honnête homme et qu'à la perspective d'une éventuelle rencontre, il ne dorme plus que d'un œil. C'est que des faits divers récents et répétés ont semé l'émoi, en apportant la démonstration que certains agents de la force publique dépassent la mesure, habités, visiblement, par un sentiment d'impunité qui, à lui seul, est préoccupant : pensent-ils donc avoir tous les droits ? Mais, il arrive qu'heureusement, des caméras les surveillent : les images révèlent alors que l'agresseur n'est pas celui que l'on croyait et que l'outrage dont la victime est systématiquement accusée en pareil cas (sur le modèle des cours d'école : « c'est elle qui a commencé ») relève d'un mensonge proféré à trop bon compte (en ce compris les dommages et intérêts venant arrondir la solde du prétendu outrage qui s'est, comme de juste, constitué partie civile).

Avec un sens du tempo politique forçant l'admiration, c'est ce moment précis que le législateur a choisi pour songer à un article 24, aussi retentissant qu'un « 22 ! », qui vise à ériger en délit, dans la loi sur la presse de 1881, le fait de diffuser l'image ou tout autre élément d'identification d'un représentant des forces de l'ordre « dans le but qu'il soit porté atteinte à son intégrité physique ou psychique ». Ce voile que l'on pourrait vouloir tendre pour couvrir des exactions policières a évidemment suscité un tollé général dans le milieu de la presse comme en d'autres, étant observé que le contenu exact du texte a été souvent dénaturé : à en croire ceux qui caquettent beaucoup, sa lettre se contenterait d'évoquer de façon vague des intentions « malveillantes », alors que ce terme n'y figure pas (pour protéger la libre circulation des informations, faut-il croire qu'il est légitime d'en propager de fausses ?). Il n'en fallait pas davantage pour que soit agité l'épouvantail du « délit d'opinion » (formule creuse, mais qui a fait ses preuves) ; pas davantage pour qu'au prix de grandes envolées, s'enfuie la sérénité et s'élèvent les procès de basse-cour. Bien plus, le garde des Sceaux, pourtant avocat de son état, semble convaincu, quant à lui, d'avoir clos la discussion, à la façon dont est porté un coup de grâce, en affirmant que le droit pénal français n'a jamais permis de punir une intention, seulement des actes : si l'affirmation est exacte, on ne perçoit pas son rapport avec

une disposition qui répond à cette exigence en incriminant un fait de diffusion ; et s'il s'est agi de dénoncer ainsi la référence à une finalité particulière devant être poursuivie par l'auteur de cette diffusion, tous les étudiants en droit, même les moins savants, y reconnaîtront un élément intentionnel en la forme d'un « dol spécial » aussi banal que les incriminations nombreuses qui en font une condition de la répression.

L'intention – du législateur – est pourtant bonne : qui pourrait se résoudre à laisser sans réaction des messages donnant identité, photographie, adresse d'un policier ou d'un gendarme pour que soient exercées des représailles contre eux ou leurs proches ? Ou bien ce qui suscite l'indignation dans le cas d'un professeur serait-il tolérable ici ? – dans l'affirmative, il faudrait avoir la franchise, accompagnée du déshonneur qui la suivrait, de le revendiquer clairement.

Mais le moyen retenu pour instaurer la protection requise prête, lui, à discussion, s'agissant d'un texte qui entend réprimer en réalité une variante très extensive de provocation à commettre un crime ou un délit : ce type de comportement est déjà incriminé dans la loi sur la presse, au point que l'on peut sérieusement se demander si l'article 24 n'engendrerait pas une atteinte à la liberté de communication qui, pour paraphraser le Conseil constitutionnel, ne serait ni nécessaire, ni adaptée, ni, surtout, proportionnée à l'objectif poursuivi. C'est à se demander si l'on ne voudrait pas seulement donner à penser aux policiers et gendarmes qu'on est à leur écoute, quitte à multiplier, selon une détestable habitude, les textes répressifs en forme de doublon.

De toute manière, en raison de sa rédaction même, le texte s'opposerait à toute condamnation de celui, journaliste ou non, qui aurait permis l'identification d'un représentant des forces de l'ordre en ne voulant donner ainsi qu'une information, une telle fin faisant disparaître du même coup le dol spécial exigé. Mais, pour mieux étouffer les jacassements de ceux qui donnent parfois l'impression de jouer à se faire peur, une réserve expresse pourrait être introduite, s'inspirant du modèle de l'article 222-33-3 du Code pénal qui, s'agissant d'images de violence, n'est pas applicable lorsque leur enregistrement ou leur diffusion « résulte de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public » ou « est réalisé afin de servir de preuve en justice ».

Il resterait encore à apprécier, il est vrai, dans quelle mesure l'application de l'article 24 contreviendrait ou non à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme : pour considérer en pareil cas qu'une répression pénale ne constitue pas une ingérence excessive dans la liberté d'expression, la Cour européenne des droits de l'homme exige que la personne condamnée ait lancé un appel à la violence ou à la haine ; or un tel appel est tout au plus implicite dans la simple diffusion de données d'identification. Le respect de la Convention serait en outre compromis si, dans l'hypothèse d'images de violences policières, les juridictions s'aventuraient à en induire que, compte tenu de ce qu'elles représentent, la seule explication de leur diffusion ne pourrait être que l'intention de porter atteinte à l'intégrité physique ou psychique des agents filmés.

Beaucoup de bruit, donc, de tous côtés pour un texte effectivement problématique : de quoi espérer, une fois le calme revenu (après son abandon ?), un prochain retour des hirondelles et de leurs rassurantes patrouilles, jusqu'au prochain « 22 ! » – à moins qu'il ne faille craindre un futur et nouveau « 24 ! » : on doit tout redouter du talent de nos élus à répandre la tempête dans les volières.

- **Document n° 4 : La répression des dérives sectaires en droit pénal (A. Martin et D. Ferro, AJ pénal 2021, p. 393) :**

Le mot « secte » vient des verbes latins sequi « suivre » et sequare « couper ». Il implique tout à la fois l'agrégation d'un groupe de disciples autour d'un maître qu'ils suivent et la rupture avec un environnement préexistant. Alors qu'il était initialement utilisé dans une démarche purement sociologique dans les travaux de Max Weber et Ernst Troeltsch, le mot a ensuite acquis une connotation péjorative.

En effet, à partir de la fin des années 1990, des commissions d'enquêtes parlementaires se sont focalisées sur la lutte contre les « sectes » en établissant notamment une liste noire de ces dernières(1). Mais de vives polémiques ont progressivement remis en cause l'utilisation de ce terme en invoquant le principe de laïcité et le respect de la liberté de conscience. Il lui a ainsi été préféré la notion de « dérive sectaire », afin d'éviter de stigmatiser l'appartenance d'un individu à une communauté (religieuse ou autre).

L'État a ainsi changé de paradigme et ne s'attache plus à l'essence d'un groupe sectaire, mais seulement à ses actes et aux préjudices subis. La MIVILUDES (mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires) définit les dérives sectaires comme « un dévoiement de la liberté de pensée, d'opinion ou de religion qui portent atteinte à l'ordre public, aux lois ou aux règlements, aux droits fondamentaux, à la sécurité ou à l'intégrité des personnes ». Si les dérives sectaires peuvent prendre de multiples formes et exister dans des domaines aussi variés que la spiritualité, la santé, l'éducation ou le développement personnel, elles ont toutes pour point commun une notion complexe et évolutive : l'emprise mentale. C'est pourquoi il est essentiel de comprendre ce phénomène, tant dans son processus que dans son appréhension par le droit pénal afin de caractériser une potentielle dérive sectaire. Celle-ci pourra faire l'objet de poursuites pénales, soit en surmontant les obstacles liés à l'établissement d'une sujétion psychologique répréhensible, soit en recourant au large spectre d'infractions pénales également susceptibles de s'appliquer.

#### 1. La notion d'emprise mentale à la source de toutes dérives sectaires

L'emprise mentale dont est victime un individu permet de caractériser les dérives sectaires. Ce processus complexe doit d'abord être expliqué. S'il ne s'agit pas d'une notion juridique, il apparaît néanmoins que le droit pénal français s'est progressivement saisi de ce concept.

##### 1.1. Le processus de l'emprise mentale

L'emprise est habituellement associée aux idées de contrainte, de force et de puissance. Dans sa dimension psychanalytique, elle renvoie à une domination intellectuelle, affective et physique(2).

Toute l'ingéniosité d'un leader charismatique à la tête d'un groupe sectaire est de proposer une palette adaptée et adaptable aux différents individus qu'il identifie comme de potentielles victimes, en fonction de leurs peurs et désirs. S'il parvient à éveiller l'intérêt de la future victime, débute alors la première étape du processus d'emprise mentale(3) : celle de la séduction. Une attention particulière est portée à l'individu, tant à ses aspirations qu'à ses difficultés. Des promesses exceptionnelles et l'appartenance à un corps à part lui sont offertes. Le leader va ensuite pouvoir s'atteler à une deuxième étape essentielle à sa domination : la déconstruction de la victime. Un processus initiatique est engagé, et un investissement toujours plus important de l'individu est requis par le groupe. Son isolement progressif est mis

en place, induit en partie par sa rupture avec ses références antérieures et ses proches. C'est seulement à cette condition que pourra survenir une troisième phase au cours de laquelle l'individu va véritablement devenir adepte : la reconstruction. Une nouvelle éthique est proposée à la victime et son histoire personnelle est réinvestie, voire réécrite. Une servitude se met en place, entraînant une perte progressive d'autonomie sur des choix importants. Enfin, viendront la consolidation et le renforcement. La victime est alors soumise à l'affirmation de vérités absolues soutenues par une rhétorique fallacieuse et empreinte de nombreux sophismes. Le doute et la contre-argumentation sont de moins en moins tolérés et peuvent amener à des sanctions. La vénération d'un individu ou du groupe est développée, entraînant la soumission et la disponibilité sans réserve. Ainsi, le jeu de la dynamique de groupe renforcera de facto l'assujettissement de l'individu au groupe et à son leader.

Pour autant, dans quelle mesure peut-on interdire à une personne de croire aveuglément à une doctrine ? En effet, l'article 1er de la Constitution de 1958 énonce que « la France respecte toutes les croyances », et se voit notamment conforté par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme selon lequel « toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ». À cela, il convient d'objecter que le processus d'emprise mentale relève d'un véritable dévoiement de la liberté de pensée. La victime est trompée car elle ne sait pas que chaque étape de l'emprise dont elle fait l'objet implique une coercition de plus en plus forte. Si son intérêt initial peut relever d'un authentique libre arbitre, son engagement final relève lui d'une véritable contrainte. Dans son arrêt Larissis de 1995, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) souligne ainsi que « l'article 9 ne protège toutefois pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou une croyance. Ainsi, il ne protège pas le prosélytisme de mauvais aloi »(4).

Afin de préserver les libertés de conscience et de croyance tout en permettant une caractérisation objective d'un dévoiement de ces libertés lorsque des personnes font l'objet d'une d'emprise psychologique, une liste de neuf critères a été définie par Philippe-Jean Parquet, professeur de psychiatrie et d'addictologie(5). Cette méthode repose sur des éléments tangibles, indépendants de tout jugement de valeur quant à la doctrine impliquée. Elle assure également une cohérence dans la manière d'appréhender ce phénomène et permet d'opérer une distinction claire entre les dérives sectaires et des notions voisines, mais distinctes, comme le complotisme et la radicalisation. En effet, ces dernières n'impliquent pas nécessairement un processus d'emprise mentale.

## 1.2. L'appréhension de l'emprise mentale par le droit pénal français

Longtemps, la notion d'emprise mentale a presque exclusivement relevé du registre des psychologues ou des psychiatres spécialisés. Elle ne figure au demeurant toujours pas dans le code pénal.

La loi About-Picard du 12 juin 2001(6) avait pour objectif de « renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires, portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales ». Elle a ainsi élargi l'arsenal législatif à disposition du juge pour réprimer une potentielle dérive sectaire en instaurant l'article 223-15-2 du code pénal. Cet article réprime l'abus frauduleux de l'état de faiblesse ou de l'état d'ignorance. Or, un tel état peut résulter, conformément au texte de l'infraction, de la minorité de la victime ou de sa particulière vulnérabilité à raison de l'un des critères prévus par l'article (âge, maladie, infirmité, déficience physique ou psychique, état de grossesse), mais également d'une « sujétion psychologique ou physique ». Si la sujétion physique s'apparente plutôt à une contrainte au

sens traditionnel du terme, la notion de sujétion psychologique est quant à elle la matérialisation juridique de l'emprise psychologique de la victime. Elle résulte ainsi « de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement ».

La jurisprudence a eu l'occasion de venir clarifier ce qu'impliquait concrètement cette condition préalable à l'infraction. Dans l'affaire dite « Néo phare », à l'origine de la toute première condamnation pénale prononcée sur le fondement de cette infraction(7), le mis en cause était président d'une association qui avait pour objet la relecture de la Bible. Il organisait de nombreux séjours avec les membres de son association durant lesquels il affirmait être le Christ. Dès 2002, la MIVILUDES a été avisée que les adeptes se réunissaient pour préparer la fin du monde. À la suite d'un séjour, l'un des adeptes se donnait la mort en se précipitant volontairement contre une voiture et un autre faisait une tentative de suicide. La cour d'appel(8) observera l'ascendant que le prévenu exerçait sur ses victimes, les scènes de transe, la mise en scène de phénomènes paranormaux, les examens de « passage » plus ou moins humiliants, l'exclusion du groupe des réfractaires, ainsi que l'exploitation d'un état d'épuisement. Elle conclura alors à un état de sujétion psychologique bien établi.

Similairement, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur ce qu'impliquait concrètement un état de sujétion psychologique. Dans un arrêt de 2016(9), elle a maintenu la condamnation d'un thérapeute, à la tête d'une association dont l'objet était de rassembler des « personnes d'origine judéo-chrétienne qui considèrent que la vie ne peut plus se dérouler sans la foi, et que cette foi pour exister véritablement doit se vivre à plusieurs ». Tous les aspects de la vie des membres étaient contrôlés, ceux-ci vivant entièrement en communauté. Les frais supportés au titre de leur adhésion étaient devenus si élevés que plusieurs d'entre eux avaient dû contracter des prêts. La Cour de cassation observe que les victimes étaient déjà précarisées en raison d'une « histoire personnelle, une fragilité et un manque de confiance générant une recherche d'aide, de reconnaissance, de sécurité et même d'affection ». Or, c'est par des techniques propres à altérer leur jugement que le thérapeute « a imposé un rythme de vie ne permettant aucun loisir personnel et engendrant un épuisement physique, toute recherche d'intimité provoquant la désapprobation du groupe ». Il a également « révélé aux membres du groupe les confidences reçues de ses patients, favorisant la délation et une omerta de fait tant à l'intérieur du groupe que vis-à-vis de l'extérieur ». Il opérait de sévères remises en place, « le plus souvent publiques » ainsi que des « violences notamment vis-à-vis des femmes » et a eu « recours à des menaces dont celle de rompre le lien mère/enfant ». En cela, il a pu maintenir ses victimes dans un état de sujétion psychologique.

Si l'abus frauduleux de l'état de faiblesse ou d'ignorance prévu à l'article 223-15-2 du code pénal semble ainsi être une infraction taillée sur mesure pour réprimer les dérives sectaires, il demeure que cette répression n'est pas toujours aisée. Le large catalogue d'infractions pénales à disposition du juge peut offrir d'autres options, moins évidentes mais toutes aussi pertinentes, pour réprimer les dérives sectaires.

## 2. La difficile répression des dérives sectaires

La sujétion psychologique n'est pas une notion aisée à caractériser, c'est pourquoi il est important de recenser les autres infractions pénales qui peuvent permettre de mettre fin à des dérives sectaires.

### 2.1. Les obstacles à la caractérisation de la sujétion psychologique

L'expérience des enquêteurs de la cellule d'assistance et d'intervention en matière de dérives sectaires (CAIMADES) de l'Office central pour la répression des violences aux personnes(10), en ce qui concerne la lutte contre les dérives sectaires, démontre des difficultés d'appréhension, de compréhension et d'application de l'article 223-15-2 du code pénal, tant de la part des enquêteurs que de certains magistrats.

En premier lieu, il peut s'avérer difficile d'établir la preuve de la sujétion psychologique. Cette notion aux contours flous et éloignée des concepts juridiques peut conférer un poids disproportionné aux expertises. Puisqu'il faut faire appel aux ressorts de la psychologie du leader charismatique et de l'adepte, il revient en grande partie aux psychiatres et psychologues de déceler l'emprise. Toutefois, il est possible de passer outre cette sujétion psychologique tout en appliquant l'article 223-15-2 du code pénal si la victime est mineure ou dans un état de particulière vulnérabilité. La Cour de cassation a ainsi récemment maintenu une condamnation sur le fondement de cet article sans qu'il ne soit établi de sujétion psychologique(11).

En deuxième lieu, les plaintes des victimes de dérives sectaires s'avèrent rares et leurs témoignages souvent confus. Une personne sous emprise psychologique est particulièrement vulnérable et sa prise en charge peut s'avérer délicate. L'emprise mentale exercée par le leader charismatique a en effet pu vicier son consentement, en lui ôtant son caractère libre et éclairé, et la victime peut avoir subi des griefs à son insu. En état de sujétion, il sera difficile pour une victime de se reconnaître comme telle. De plus, ces personnes se trouvant dans une situation mentale instable, oscillant entre appartenance et non-appartenance au mouvement mis en cause, l'enquêteur devra redoubler de vigilance et d'attention à l'égard de ce public particulier et ambivalent. Pour éviter toute situation de blocage dans le cadre des auditions menées, il est bien sûr recommandé de faire preuve d'écoute, de neutralité, de patience et de bienveillance.

En troisième lieu, l'enquêteur pourra être confronté à des situations complexes dans lesquelles des individus sous emprise auront à la fois le statut de victime et de mis en cause. Se pose alors la délicate question de la co-responsabilité. Ainsi, les experts psychiatres estiment régulièrement que la responsabilité des individus séduits par un groupe sectaire n'est pas totale dans la mesure où ils ne détiennent pas l'ensemble des paramètres qui pourraient leur permettre de se rendre compte, dès le départ, du type de mouvement dans lequel ils s'apprêtent à s'engager. La mise sous emprise est un processus insidieux d'aliénation de la personne. Pour Michel Monroy, psychiatre et fondateur du groupe d'études consacré aux phénomènes sectaires GRAPH, « le sujet donne son accord à une procédure, mais il a une méconnaissance de la nature du processus de transformation qu'il va connaître, du résultat final de cette transformation et aussi des finalités des maîtres du jeu »(12). Dès lors, l'application d'un fait justificatif de responsabilité (contrainte, abolition ou altération du discernement, etc.) peut être envisagée.

Enfin, lorsque l'auteur est le leader d'un « groupement » sectaire, l'alinéa 2 de l'article 223-15-2 du code pénal prévoit une aggravation de la peine. Toutefois, cette notion de groupement est difficile à appréhender dans les dossiers de ce type, tant par les enquêteurs que par les magistrats. Le groupement de fait étant explicitement visé par le texte, l'existence d'une entité juridique de type société ou association n'est pourtant pas nécessaire. Il s'agit d'une organisation plus ou moins structurée constituée par un ensemble de personnes ayant les mêmes intérêts, les mêmes aspirations ou la même idéologie. Il s'agit d'un « pouvoir institutionnel »(13). En revanche, ce qui n'apparaît pas dans cette définition est l'aspect fermé



des groupes sectaires. Le fonctionnement, souvent autarcique, de ce type de groupes complexifie les investigations.

Ainsi, caractériser l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse prévu par l'article 223-15-2 du code pénal s'avère complexe à bien des égards. Il serait donc souhaitable d'entamer des réflexions pour simplifier la caractérisation de cette infraction mais également pour l'assortir de mesures plus opérationnelles qui faciliteraient le recueil des éléments de preuve au risque que l'article 223-15-2 du code pénal soit « oublié »(14).

## 2.2. Le large spectre d'infractions pénales susceptibles d'être relevées

Si l'infraction d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'une personne est la seule prenant véritablement en compte la dimension de l'emprise psychologique, d'autres infractions peuvent être démontrées afin de pallier les difficultés précédemment évoquées. Le champ pénal potentiellement concerné par les dérives sectaires est très vaste.

Il peut s'agir d'atteintes aux personnes (infractions sexuelles, violences volontaires, mise en danger...) mais aussi d'infractions de nature financière (escroquerie, abus de biens sociaux, abus de confiance, blanchiment...). Lorsque des parents se retrouvent dans un mouvement sectaire, de nombreuses infractions en lien avec leur enfant mineur peuvent être caractérisées, telles que le défaut de déclaration à l'état civil, la déscolarisation, l'abandon moral ou matériel du mineur, etc.

Par ailleurs, le champ pénal susceptible d'être concerné par les dérives sectaires dépasse celui du seul code pénal. Des infractions au code de la consommation (publicité mensongère...), au code de l'urbanisme (défaut de permis de construire...), au code général des impôts, au code des douanes (absence de déclaration des mouvements internationaux de capitaux) peuvent être aussi retenues en lien avec les pratiques sectaires.

Le code du travail peut également être un instrument privilégié pour lutter contre les dérives sectaires, notamment dans le contentieux relatif à l'existence d'un contrat de travail. Ce contentieux s'avère particulièrement riche dans la mesure où le travail requis est l'un des instruments privilégiés de l'exploitation d'autrui dans de nombreuses organisations sectaires. À cet égard, pendant longtemps, la jurisprudence a considéré que les ministres du culte n'étaient pas, dans l'exercice de leurs fonctions, susceptibles de relever du droit du travail(15). Il existait donc une exception religieuse permettant à des groupements sectaires de se soustraire au droit du travail. Cependant, cette interprétation extensive a pris fin en 2010 puisque la Cour de cassation considère désormais que « l'engagement religieux d'une personne n'est susceptible d'exclure l'existence d'un contrat de travail que pour les activités qu'elle accomplit pour le compte et au bénéfice d'une congrégation ou d'une association cultuelle légalement établie »(16). Ainsi, le champ de l'exception religieuse susceptible de faire échec à la recherche d'un contrat de travail se trouve désormais particulièrement réduit. Ce cantonnement de l'exception religieuse permet à l'évidence d'élargir le domaine d'action du droit du travail en tant qu'instrument de lutte contre les dérives sectaires.

Dans le cadre de dérives thérapeutiques, les praticiens déviants, que l'on qualifie parfois de « dérapiés » dans le jargon, vont commettre des faits réprimés par le code de la santé publique, que ce soit par la pratique illégale d'une profession réglementée (médecine,

pharmacie, kinésithérapie...) ou par l'usurpation du titre d'une profession réglementée (les pseudo-psychologues, psycho-praticiens...).

Des infractions en lien avec les produits stupéfiants (cession, usage, incitation à la consommation, trafic...) peuvent encore être rencontrées par l'enquêteur ou le magistrat, notamment dans des affaires ayant pour cadre le « néo-chamanisme ». L'emprise psychologique se met en place, s'installe et se pérennise par l'usage de substances à vertu hallucinogène, telles que l'iboga ou l'ayahuasca, considérées comme des produits stupéfiants en France.

Il est enfin à noter que la chambre criminelle de la Cour de cassation, rejetant le pourvoi formé par l'Église de scientologie à la suite de sa condamnation pour escroquerie en bande organisée et exercice illégal de la médecine, a estimé que « l'invocation d'une appartenance religieuse et la liberté de manifester ses convictions par des enseignements ou des pratiques ne sauraient légitimer la commission d'infractions pénales »(17).

Mots clés :

ABUS D'IGNORANCE OU DE FAIBLESSE \* Secte \* Eléments constitutifs \* Emprise \* Autres infractions \* Qualification

(1) Les sectes en France, Rapp. Ass. nat. n° 2462, 22 déc. 1995.

(2) A. Ferrant, Emprise et lien tyrannique, Connexions 2011, vol. 95, n° 1, p. 15-27.

(3) J.-C. Maes, Emprise et manipulation. Peut-on guérir des sectes ?, De Boeck Supérieur, 2010.

(4) CEDH 24 févr. 1998, n° 23372/94, Larissis et a. c/ Grèce, RSC 1999. 384, obs. R. Koering-Joulin.

(5) J.-P. Parquet, L'emprise mentale - une définition opératoire, Revue Justice Actualités 2013, n° 8. Les 9 indicateurs sont : 1/ la rupture imposée avec les modalités antérieures des comportements, des conduites, des jugements, des valeurs ; 2/ l'occultation des repères antérieurs et la rupture dans la cohérence de la vie antérieure du sujet ; 3/ l'adhésion et l'allégeance inconditionnelles à une personne, un groupe, une institution ; 4/ la mise à disposition complète, progressive et extensive de la totalité de sa vie à une personne ou une institution ; 5/ la sensibilité accrue dans le temps aux idées, aux concepts et aux prescriptions ; 6/ la dépossession des compétences d'une personne, avec une anesthésie affective et une altération du jugement ; 7/ l'altération de la liberté de choix ; 8/ l'imperméabilité aux avis, aux attitudes et aux valeurs de l'environnement, avec une impossibilité de se remettre en cause et de promouvoir un changement, voire de croire qu'il soit possible ; 9/ l'induction et la réalisation d'actes gravement préjudiciables à la personne. Les 5 premiers sont nécessaires pour caractériser l'emprise mentale.

(6) L. n° 2001-504 du 12 juin 2001.

(7) L. n° 2001-504, préc.

(8) L. n° 2001-504, préc.

(9) Crim. 26 oct. 2016, n° 15-85.956.

(10) OCRVP, qui relève de la direction centrale de la police judiciaire.

(11) Crim. 20 janv. 2021, n° 19-86.172. On rappelle que le texte incrimine l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne particulièrement vulnérable, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique.

(12) M. Monroy, La Dérive sectaire, PUF, 1999.

(13) Crim. 26 oct. 2016, n° 15-85.956.

(14) N. Luca, *Individus et pouvoirs face aux sectes*, Armand Colin, 2008.

(15) Civ. 24 déc.1912, S. 1913.

(16) Soc. 20 janv. 2010, n° 08-42.207, D. 2010. 377, obs. B. Ines ; JA 2010, n° 414, p. 12, obs. L. T. ; Dr. soc. 2010. 623, note J. Savatier ; *ibid.* 1070, note J. Mouly ; RDT 2010. 162, obs. J. Couard.

(17) Crim. 16 oct. 2013, nos 03-83.910 et 05-82.121, D. 2014. 41, chron. F. Dieu.

## II. Droit pénal général

### A. La légalité pénale

#### 1) Le principe de la légalité criminelle

- **Document n° 5 : Rendre la justice pénale moins imprévisible (P. de Combles de Nayves, AJ pénal 2021, p. 472) :**

« Avec des lois pénales exécutées à la lettre, chaque citoyen peut calculer exactement les inconvénients d'une mauvaise action, ce qui est utile puisque cette connaissance pourra le détourner du crime. Il jouira avec sécurité de sa liberté et de ses biens, ce qui est juste puisque c'est le but de la réunion des hommes en société ». Dans le chapitre IV (« De l'interprétation des lois ») de son ouvrage *Des délits et des peines* (1765), Cesare Beccaria fait de la prévisibilité de la justice le moyen pour la législation pénale de réaliser son but : protéger la liberté.

Dans le droit positif, cette exigence de prévisibilité s'exprime à travers plusieurs principes, au premier rang desquels se situe le principe d'interprétation stricte de la loi pénale (C. pén., art. 111-4).

Toutefois, le praticien du droit pénal ne peut qu'être saisi par le fossé qui sépare les grands principes de la pratique quotidienne. Par exemple, l'avocat qui se voit interroger sur la licéité d'un comportement n'est pas toujours capable de répondre avec certitude à la question du caractère répréhensible ou non de l'action qui lui est soumise. Dans le doute, il aura d'ailleurs tendance à relever qu'il existe un « aléa juridictionnel » ne lui permettant pas de garantir l'absence de poursuite. Cette précaution n'aura pas forcément pour effet d'encourager celui qui l'interroge à exercer ce qui pourrait, en réalité, être sa liberté. Ce flou, assez quotidien, n'est pas de nature à garantir la liberté prise comme fondement de la justice pénale. Les acteurs de la justice pénale savent que d'un tribunal à l'autre, d'un juge à l'autre, d'un procureur ou d'un service de police à l'autre, l'aléa est partout. Bien audacieux celui qui serait capable de prédire la certitude du traitement d'une affaire, son délai et son issue.

S'il n'est, certes, pas certain que tous les citoyens pondèrent, avant de passer à l'acte, entre leur volonté d'agir et leur risque pénal, la législation répressive pénétrant chaque recoin de la vie sociale(1), les acteurs économiques peuvent, eux, chercher à évaluer leur risque pénal avant de s'engager dans une démarche commerciale. Cette évaluation est un exercice des plus périlleux là où, pourtant, l'investissement dans une démarche économique suppose un bon niveau de certitude sur la licéité d'un comportement. La décision commentée sera, ainsi, l'occasion d'une réflexion plus globale sur l'état de la prévisibilité de la justice pénale. Elle illustre la volonté de la Cour de cassation de prendre en considération l'imprévisibilité de ses propres décisions.

Un salarié et sa compagne sont poursuivis en première instance pour des faits d'abus de confiance pour l'un et de complicité de ce délit pour l'autre. En substance, le salarié se voit reprocher d'avoir fait usage, entre 2007 et 2010, de son temps de travail et des moyens humains et matériels mis à sa disposition par son employeur pour fabriquer des documents de formation destinés à d'autres entreprises.

En première instance, en raison de la prescription, le tribunal le relaxe des faits qui lui sont reprochés. La partie civile interjette appel de la décision. Devant la cour d'appel, la défense soutient que les faits ayant été commis avant un revirement de jurisprudence imprévisible intervenu le 19 juin 2013(2), aucune faute civile ne pouvait être reprochée au prévenu. La cour d'appel juge que la question de la rétroactivité de la jurisprudence est sans objet alors qu'elle n'est saisie que de la question d'une faute civile et non pas d'une infraction pénale puisque la relaxe intervenue était devenue définitive.

Saisie du pourvoi par la défense, la chambre criminelle s'éloigne de la position de la cour d'appel en considérant que pour retenir une faute civile, la cour d'appel, saisie du seul appel de la partie civile après une décision de relaxe, doit constater que « les faits retenus pour établir une faute civile [doivent] non seulement entrer dans les prévisions du texte pénal mais aussi relever d'une infraction susceptible d'être poursuivie à la date des faits ». Or, elle estime qu'aucune faute civile ne peut être retenue lorsque « les faits poursuivis n'entrent dans les prévisions d'une infraction que par l'effet d'une jurisprudence postérieure qui n'était pas prévisible ».

Par ailleurs, la Cour de cassation juge que sa décision du 19 juin 2013 sur la possibilité de retenir l'abus de confiance pour un détournement du temps de travail ne constituait pas un revirement, mais seulement une évolution prévisible compte tenu de plusieurs décisions antérieures par lesquelles elle s'était engagée dans une conception dématérialisée de l'objet détourné.

#### 1. La prévisibilité protégée par les textes internationaux

L'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme pose le principe selon lequel « nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international ». La Cour européenne ne limite pas le droit répressif à la seule loi adoptée par le Parlement et s'est donc prononcée à plusieurs reprises sur le cas dans lequel une nouvelle interprétation d'un texte, résultant d'une décision juridictionnelle, conduit à rendre répréhensible un comportement qui ne l'était pas avant cette décision.

Si les juges de Strasbourg ne proscrivent pas la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, c'est à la condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible(3). Le juge européen examine si le requérant pouvait raisonnablement prévoir, au moment des faits, au besoin avec l'aide d'un juriste, qu'il risquait d'être accusé et reconnu coupable du crime en question(4). Il vérifie notamment si l'interprétation judiciaire se borne à poursuivre une tendance perceptible dans l'évolution de la jurisprudence des tribunaux.(5) La Cour européenne avait condamné la France sur ce fondement dans son arrêt *Pessino c/ France* (6).

La Cour de cassation s'est montrée hostile à cette position pendant de nombreuses années. Dans la décision commentée, elle fait au contraire expressément référence à cette conception. Cette nouvelle position s'inscrit dans le prolongement de la décision de la chambre criminelle, qui dans le sillage d'autres chambres de la Cour de cassation a, le 25 novembre 2020, limité dans le temps les effets du revirement touchant au principe de la responsabilité personnelle en cas de fusion-absorption(7).

En l'espèce, la décision commentée précise donc que la non-rétroactivité d'une jurisprudence imprévisible s'applique à la question de la faute civile dont est seule saisie la cour d'appel après une décision de relaxe contestée par la partie civile uniquement.

Suite à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme (Lagardère c/ France (8)), la Cour de cassation a modifié sa jurisprudence sur l'appel des décisions de relaxe par la seule partie civile. Avant cette condamnation, elle exigeait que les cours d'appel caractérisent tous les éléments constitutifs de l'infraction pour estimer que le prévenu, bien que relaxé pénalement, avait commis une faute civile. Postérieurement à cette condamnation, en raison de la présomption d'innocence de la personne définitivement relaxée sur le plan pénal, la Cour de cassation demandait que les cours d'appel motivent la condamnation civile, sans établir l'infraction, mais en caractérisant une faute dans le seul périmètre des faits tels que visés par la prévention(9), à la condition qu'ils entrent dans les prévisions du texte fondant les poursuites(10). En jugeant ici que la question de déterminer si un revirement de jurisprudence a ou non un effet rétroactif alors même que le débat devant la cour d'appel se borne à l'examen d'une faute civile, la Cour de cassation rappelle incidemment que cette faute civile ne peut être retenue par les juridictions correctionnelles que si elle entre dans les prévisions d'une infraction pénale.

La Cour de cassation se place sur une ligne de crête entre la condamnation dans la décision Lagardère et celle dans la décision Pessino, entre protection de la présomption d'innocence et respect de la prévisibilité de la norme pénale. Cet arrêt montre ainsi tout d'abord à quel point les décisions de la chambre criminelle sont aujourd'hui guidées par celles de la Cour de Strasbourg.

Il permet aussi d'apprécier les critères utilisés par la chambre criminelle pour décider si une évolution de sa jurisprudence doit être considérée comme un revirement imprévisible insusceptible de rétroagir sur des situations de fait antérieures. En l'espèce, la Cour de cassation estime que la décision du 19 juin 2013 par laquelle elle a jugé que le temps de travail était susceptible de constituer le « bien » objet du détournement au sens de l'article 314-1 du code pénal réprimant l'abus de confiance, n'était qu'une évolution prévisible de son interprétation du texte puisqu'elle s'était engagée, par plusieurs arrêts, dans une conception dématérialisée de l'objet détourné.

Un retour en juin 2013 permet de réfléchir à la manière dont avait été reçue cette décision en termes de prévisibilité. Quelques commentaires doctrinaux confirment que les auteurs n'ont pas analysé cette décision, critiquée par certains, comme une franche rupture avec la jurisprudence antérieure, mais plutôt comme l'approfondissement d'une nouvelle conception de l'objet détourné entamée plus tôt. Julie Gallois rappelait l'évolution de la jurisprudence depuis 2001 et notait que « l'incorporalité envahit la sphère de l'abus de confiance »(11). Guillaume Beaussonie intitulait son commentaire au Recueil « Un pas de plus vers la dématérialisation de l'abus de confiance : la sanction d'un détournement du temps de travail »(12). Comme l'a montré Pascal Beauvais, pour échapper à la règle de la non-rétroactivité découlant de l'article 7 de la Convention européenne, l'évolution de la jurisprudence doit être raisonnablement prévisible. On notera incidemment que la doctrine prend ainsi une importance considérable en permettant de comprendre les décisions rendues et les éventuelles évolutions à venir.

Toutefois, la Cour de cassation semble conserver un large pouvoir d'appréciation s'agissant de la détermination du caractère prévisible ou non d'un revirement de jurisprudence.

Concernant la question de la responsabilité pénale d'une société absorbante, la Cour de cassation a jugé, dans sa décision du 25 novembre 2020, que « cette interprétation nouvelle, qui constitue un revirement de jurisprudence, ne peut s'appliquer aux fusions antérieures à la présente décision sans porter atteinte au principe de prévisibilité juridique découlant de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme dont il résulte que tout justiciable doit pouvoir savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente, au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux et le cas échéant après avoir recouru à des conseils éclairés, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale et quelle peine il encourt de ce chef ».

Ainsi, elle n'a pas expliqué en quoi ce revirement - certes majeur - était imprévisible. Pourtant, et même compte tenu des termes de son arrêt, décortiquant tant les décisions de la Cour européenne que celles de la Cour de justice de l'Union européenne, une telle décision n'était, au contraire, pas totalement imprévisible. La question des conséquences de la décision de la Cour de justice de 2015 en matière de fusion-absorption sur la jurisprudence de la chambre criminelle était posée depuis 2015 par la doctrine. L'actuel président de la chambre criminelle avait d'ailleurs lui-même développé ce questionnement<sup>(13)</sup>. La décision du mois de novembre, bien que majeure, n'était donc pas totalement inattendue<sup>(14)</sup>. Toutefois, compte tenu de l'importance d'un revirement touchant à la question de la responsabilité pénale elle-même, la chambre criminelle a estimé que celle-ci ne pouvait pas (sauf fraude) rétroagir. Il ressort de cette comparaison que, au-delà du caractère prévisible ou non d'une évolution jurisprudentielle, la nature de la norme qui fait l'objet d'une interprétation nouvelle est décisive pour considérer que la nouvelle décision pourra rétroagir.

## 2. Les textes internationaux, source d'imprévisibilité

La décision commentée contient toutefois un profond paradoxe. La chambre criminelle de la Cour de cassation se range à l'interprétation de l'article 7 de la Convention européenne pour protéger la prévisibilité de la norme pénale. Mais la multiplication des sources de droit et des cours supranationales, au premier rang desquelles la Convention et la Cour européennes, constitue une évidente source d'imprévisibilité. Derrière la jolie expression de « dialogue entre les cours suprêmes » se niche une imprévisibilité quotidienne pour les acteurs du monde de la justice, sur la procédure pénale comme sur le droit pénal de fond. Il peut être complexe de prévoir l'interprétation de la norme pénale lorsque celle-ci est perçue différemment par le juge national, le juge constitutionnel ou le juge européen.

Plusieurs exemples encore récents le mettent en exergue.

Après une communication gouvernementale particulièrement ferme et des décisions de condamnation des juridictions du fond, la Cour de cassation s'est ainsi rangée - dans l'attente d'une réglementation à venir - à l'avis de la Cour de justice sur la libre circulation d'une nouvelle matière sous l'appellation de CBD. Il conviendrait de ne pas oublier que pendant trois années, une incertitude majeure existait sur la question de savoir si la commercialisation du CBD était illicite ou non. Ainsi, les acteurs économiques ignoraient s'ils commerciaient légalement ou s'ils risquaient une condamnation pour trafic de produits stupéfiants, infraction punie de dix années d'emprisonnement<sup>(15)</sup>.

Par ailleurs, sur la constitution même de l'infraction, la Convention européenne est source d'incertitudes, en faisant parfois du mobile un critère de la répression. Ainsi, la Cour de cassation, en s'appuyant sur la Convention européenne, juge que lorsque tous les éléments

constitutifs d'une infraction sont établis, la condamnation peut ne pas être prononcée lorsque l'action s'inscrivait dans un but politique ou d'information du public. En effet, dans ce cas, la condamnation constituerait une ingérence disproportionnée dans la liberté d'expression du prévenu. Cette position a été adoptée en matière d'escroquerie(16), d'exhibition sexuelle(17), et tout récemment de vol(18).

L'accès aux décisions de justice, garantie de la prévisibilité

Est-ce à dire qu'il faudrait se plaindre des interactions des règles nationales avec les textes internationaux ou constitutionnels protégeant les droits et libertés individuelles ? Bien au contraire. Mais il faudrait offrir aux professionnels du droit et aux citoyens les moyens de comprendre la manière dont sont appréciés ces équilibres par les juridictions pénales de fond. En effet, la question de la prévisibilité de la justice ne se pose pas qu'auprès des juges du Quai de l'Horloge. Ce sont les juges du fond qui, décision après décision, fixent les critères de ce qu'est une preuve suffisante ou de choix de la peine qui doit réprimer tel ou tel comportement.

L'un des meilleurs moyens de lutter contre l'imprévisibilité de la justice pénale est, donc, de donner largement accès aux décisions de justice des juridictions du fond, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui.

La Cour de cassation admet (enfin), en limitant la rétroactivité de ses décisions, que la jurisprudence est une source du droit pénal. Mais une grande partie de la manière dont les juridictions correctionnelles jugent échappe à son contrôle puisqu'elle ne remet pas en cause leur « appréciation souveraine », notamment en matière de démonstration de la culpabilité ou de choix de la peine.

Cette situation est sans doute parfaitement justifiée par l'office de la Cour de cassation, mais elle ne permet pas aux citoyens de connaître les actions qui sont considérées comme entrant dans le périmètre de telle ou telle infraction, ni les discordances d'appréciation d'une juridiction à l'autre. Il est donc nécessaire pour garantir la prévisibilité de la justice pénale que toutes les décisions des juges du fond (anonymisées), lorsqu'elles sont publiques et ne portent pas atteinte à la vie privée, soient accessibles à l'ensemble des citoyens.

Cette publication automatique de toute décision pénale définitive et purgée des éléments personnels aurait une double vertu. Elle contraindrait à une motivation souvent absente devant les juges du premier degré lorsqu'aucune voie de recours n'est exercée. Surtout, elle permettrait aux citoyens et aux professionnels de comprendre la perception des juges et donc de conseiller utilement ceux qui s'interrogent. Cette publication permettrait aussi une connaissance par les juges eux-mêmes des décisions rendues par leurs collègues et conduirait à une harmonisation des décisions de justice. Or, si cette évolution est (certes) enclenchée, elle s'effectue néanmoins avec une lenteur qui ne peut qu'être critiquée. L'article 3 de l'arrêté du 28 avril 2021, pris en application de l'article 9 du décret n° 2020-797 du 29 juin 2020 relatif à la mise à la disposition du public des décisions des juridictions judiciaires et administratives, fixe un calendrier encore bien éloigné (pas avant trois ans) pour avoir un accès suffisant aux décisions des juges du fond en matière pénale(19).

Ainsi, connaissant les décisions des juges, chaque citoyen, aidé par un professionnel comme le suggère la Cour européenne, pourrait « calculer exactement les inconvénients d'une mauvaise action, ce qui est utile puisque cette connaissance pourra le détourner du crime. Il jouira avec sécurité de sa liberté et de ses biens, ce qui est juste puisque c'est le but de la réunion des hommes en société ».



Mots clés :

LOI PENALE \* Application dans le temps \* Jurisprudence \* Revirement \* Prévisibilité

- (1) P. Murray, L'envie du pénal, L'idiote international 1992, n° 74, republié in P. Murray, Essais, Belles Lettres, 2010.
- (2) Crim. 19 juin 2013, n° 12-83.031, D. 2013. 1936, note G. Beaussonie ; ibid. 2713, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et T. Potaszkin ; ibid. 2014. 1115, obs. P. Lokiec et J. Porta ; AJ pénal 2013. 608, obs. J. Gallois ; Dr. soc. 2013. 1008, étude L. Saenko ; RDT 2013. 767, obs. V. Malabat ; RSC 2013. 813, chron. H. Matsopoulou ; RTD com. 2013. 600, obs. B. Bouloc, jugeant que le temps de travail est susceptible de constituer le « bien » objet du détournement au sens de l'art. 314-1 du C. pén. réprimant l'abus de confiance.
- (3) CEDH 22 mars 2001, nos 35532/97, 34044/96 et 44801/98, Streletz, Kessler et Krenz c/ Allemagne, RSC 2001. 639, obs. F. Massias.
- (4) CEDH 12 juill. 2007, n° 74613/01, Jorgic c/ Allemagne.
- (5) CEDH 22 nov. 1995, n° 20166/92, SW c/ Royaume-Uni ; P. Beauvais, Droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des cours européennes, APC 2007/1 n° 29, p. 3 à 8.
- (6) CEDH 10 oct. 2006, n° 40403/02, Pessino c/ France, AJDA 2007. 1257, note E. Carpentier et J. Trémeau ; D. 2007. 124, note D. Roets ; ibid. 399, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé et S. Mirabail ; RDI 2006. 491, obs. G. Roujou de Boubée ; ibid. 2007. 196, obs. P. Soler-Couteaux.
- (7) Crim. 25 nov. 2020, n° 18-86.955, D. 2021. 167, note G. Beaussonie ; ibid. 161, avis R. Salomon ; ibid. 379, chron. M. Fouquet, A.-L. Méano, A.-S. de Lamarzelle, C. Carbonaro et L. Ascensi ; ibid. 477, chron. F. Dournaux ; JA 2020, n° 630, p. 3, édito. B. Clavagnier ; AJ pénal 2020. 576, note D. Apelbaum et A. Battaglia ; Rev. sociétés 2021. 79, étude B. Bouloc ; ibid. 115, note H. Matsopoulou ; RSC 2021. 69, obs. P. Beauvais ; ibid. 525, obs. D. Zerouki-Cottin ; RTD civ. 2021. 133, obs. H. Barbier ; RTD com. 2020. 961, obs. L. Saenko ; ibid. 2021. 142, obs. A. Lecourt.
- (8) CEDH 12 avr. 2012, n° 18851/07, AJDA 2012. 1726, chron. L. Burgorgue-Larsen ; D. 2012. 1708, obs. O. Bachelet, note J.-F. Renucci ; AJ pénal 2012. 421, obs. S. Lavric ; Rev. sociétés 2012. 517, note H. Matsopoulou ; RSC 2012. 558, obs. H. Matsopoulou ; ibid. 695, obs. D. Roets.
- (9) Crim. 5 févr. 2014, n° 12-80.154, D. 2014. 807, note L. Saenko ; ibid. 1414, chron. B. Laurent, C. Roth, G. Barbier, P. Labrousse et C. Moreau ; AJ pénal 2014. 422, obs. C. Renaud-Duparc.
- (10) Crim. 11 mars 2014, n° 12-88.131, D. 2014. 1188, note H. Dantras-Bioy ; AJ pénal 2014. 422.
- (11) J. Gallois, Abus de confiance : le temps de travail, un bien susceptible de détournement, AJ pénal 2013. 608.
- (12) G. Beaussonie, Abus de confiance : utilisation de son temps de travail par un salarié, D. 2013. 1936.
- (13) C. Soulard, Transfert de la responsabilité pénale d'une société absorbée par voie de fusion, RJDA 2015. 491.
- (14) J.-C. Saint-Pau, La responsabilité pénale d'une société absorbante pour une infraction commise par la société absorbée - Revirement de jurisprudence !, JCP 2021, n° 1-2, doct. 27 : « sous un certain angle, le revirement n'était pas imprévisible dès lors qu'il est justifié, de manière discutable, par l'autorité de chose interprétée par les juridictions européennes et par

l'existence d'une directive européenne qui sont des critères de prévisibilité d'une interprétation nouvelle ».

(15) CJUE 19 nov. 2020, aff. C-663/18, D. 2021. 1020, note R. Colson et Araceli Turmo ; AJ pénal 2021. 84, note Y. Bisiou ; Crim. 23 juin 2021, n° 20-84.212, AJ pénal 2021. 423, obs. M. Bendavid.

(16) Crim. 26 oct. 2016, n° 15-83.774, AJ pénal 2017. 38, obs. N. Verly ; Légipresse 2017. 67 et les obs. ; ibid. 92, Étude H. Leclerc ; RSC 2016. 767, obs. H. Matsopoulou.

(17) Crim. 26 févr. 2020, n° 19-81.827, D. 2020. 2367, obs. G. Roujou de Boubée, C. Ginestet, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et E. Tricoire ; ibid. 2021. 863, obs. RÉGINE ; AJ pénal 2020. 247, étude J.-B. Thierry ; Légipresse 2020. 148 et les obs. ; ibid. 233, étude L. François ; ibid. 2021. 112, étude E. Tordjman et O. Lévy ; RSC 2020. 307, obs. Y. Mayaud ; ibid. 909, obs. X. Pin.

(18) Crim. 22 sept. 2021, n° 20-85.434.

(19) 31 déc. 2024 s'agissant des décisions rendues par les juridictions de premier degré en matière contraventionnelle et délictuelle ; 31 déc. 2025 s'agissant des décisions rendues par les cours d'appel en matière contraventionnelle et délictuelle et des décisions rendues en matière criminelle.

- **Document n° 6 : Prévisibilité d'un revirement de jurisprudence *in pejus* (P. Conte, Dr. pénal 2021, comm. n° 175) :**

*Crim. 30 juin 2021, n° 20-81.570*

**Solution.** – La chambre criminelle affirme qu'était prévisible la solution de l'arrêt par lequel elle a jugé coupable d'abus de confiance le salarié qui utilise indûment son temps de travail.

**Impact.** – L'affirmation est pour le moins étonnante. Mais l'arrêt révèle que le détournement reproché au salarié a bien pour objet son temps de travail.

Statuant sur l'action civile afférente à des poursuites pour abus de confiance conclues par une relaxe, des juges du fond devaient rechercher, selon une formule désormais établie, « l'existence d'une faute civile démontrée à partir et dans la limite des faits objets de la poursuite ». À l'auteur du pourvoi prétendant que, pour ce faire, le juge ne doit pas accepter de tenir compte d'un revirement de jurisprudence intervenu postérieurement aux faits et défavorable au prévenu (§ 11), la chambre criminelle répond positivement au motif que « les faits retenus pour établir une faute civile [doivent] non seulement entrer dans les prévisions du texte pénal, mais aussi relever d'une infraction susceptible d'être poursuivie à la date des faits » et que, partant, cette condition n'est pas remplie lorsque ces faits « n'entrent dans les prévisions d'une infraction que par l'effet d'une jurisprudence postérieure qui n'était pas prévisible » (§ 14), en écho à la jurisprudence européenne sur la question.

Était en cause l'arrêt remarqué du 19 juin 2013 (Cass. crim., 19 juin 2013, n° 12-83.031 : JurisData n° 2013-012434 ; Bull. crim. n° 145 ; JCP G 2013, 933, note S. Detraz ; D. 2013, p. 1936, note G. Beaussonie ; Dr. pén. 2013, comm. 158, obs. M. Véron ; Rev. pénit. 2013, p. 650, et les obs. ; RSC 2014, p. 813, obs. H. Matsopoulou) ayant jugé que « l'utilisation, par un salarié, de son temps de travail à des fins autres que celles pour lesquelles il perçoit une rémunération de son employeur constitue un abus de confiance ». Or, selon la chambre criminelle, cet arrêt n'a pas opéré un revirement imprévisible dès lors que, dans plusieurs décisions antérieures, elle s'était « engagée dans le sens d'une conception dématérialisée de l'objet détourné », de sorte que sanctionner le détournement d'un temps de travail aurait

« seulement précisé les contours de l'infraction » (§ 15). Si cette affirmation est exacte (V. not. pour le détournement d'une information, Cass. crim., 14 nov. 2000 : Bull. crim. n° 338 ; D. 2001, p. 1423, note B. de Lamy ; RSC 2001, p. 385, obs. R. Ottenhof. – Cass. crim., 16 nov. 2011, n° 10-87.866 : JurisData n° 2011-025156 ; Bull. crim. n° 233 ; Dr. pén. 2012, comm. 1, obs. M. Véron ; JCP G 2012, 322, note S. Detraz ; D. 2012, p. 137, note G. Beaussonie ; Rev. pénit. 2011, p. 914, obs. V. Malabat ; RSC 2012, p. 169, obs. J. Francillon), elle mérite toutefois commentaire : en ne jugeant de la prévisibilité qu'à l'aune de la nature du bien détourné, la Cour de cassation passe sous silence l'apport majeur de la décision de 2013, à savoir la possibilité de détourner un bien qui n'est pas celui remis (car si l'on peut assurément tout soutenir, c'est dans certaines limites : est-ce l'employeur qui remet au salarié son temps – sa force – de travail ou le contraire ?), soit une solution *contra legem*. Autant dire que, malgré certaines solutions précédentes présentant quelque similitude (V. not. Cass. crim., 5 oct. 2011, n° 10-88.722 : JurisData n° 2011-021042 ; Bull. crim. n° 193 ; Dr. pén. 2011, comm. 145, obs. M. Véron ; Rev. pénit. 2011, p. 909, obs. V. Malabat. – Cass. crim., 16 oct. 2013, n° 12-86.241 : JurisData n° 2013-022797 ; Bull. crim. n° 191 ; D. 2013, p. 2755, note L. Saenko ; Rev. pénit. 2013, p. 926, obs. G. Beaussonie ; *ibid.* 2014, p. 86, obs. V. Malabat), l'audace de cette solution (les commentaires doctrinaux, contrastés, en témoignent) la rendait difficilement prévisible – même si, s'agissant de l'abus de confiance, l'annotateur, s'attendant à tout, y compris au pire, est devenu difficile à surprendre (V. F. Safi, Les nouvelles frontières de l'abus de confiance : Rev. pénit. 2014, p. 553). Il est vrai que, s'agissant de la prévisibilité d'un revirement de jurisprudence, si la Cour de cassation prend des leçons à Strasbourg, elle peut tout se permettre (qu'on se remémore la motivation de l'inénarrable arrêt CEDH, 22 nov. 1995, n° 20166/92, *S. W. c/ Royaume-Uni*) – et le fait est qu'elle ne s'en prive donc pas.

- **Document n° 7 : La loi bavarde : l'exemple du guet-apens (F. Safi, Dr. pénal 2021, étude n° 4) :**

**Résumé :** Supprimé par les rédacteurs du Code pénal de 1994, le guet-apens fut réintroduit par le législateur de 2007 afin d'aggraver certaines infractions contre les personnes.

Pourtant, les raisons de sa suppression sont toujours là, ce qui permet de douter de la cohérence de la politique législative en la matière. En effet, la cohabitation du guet-apens et de la préméditation supporte des critiques puisqu'il est fort malaisé de retenir le guet-apens en dehors de toute préméditation.

La réintroduction de cette circonstance aggravante au sein du Code pénal est d'autant plus critiquable que sa définition légale n'en est finalement pas une, tant l'article 132-71-1 du Code pénal est mal rédigé. Par une loi bavarde, le législateur a donc, une nouvelle fois, privilégié le symbole à la nécessité de légiférer et à la qualité de la loi.

1. - À une époque où la recherche universitaire semble sacrifiée pour des raisons politiques et budgétaires mesquines, l'étude des incriminations pénales, même de celles pour lesquelles on aurait pu légitimement penser que tout ou presque aurait déjà été dit, permet de prouver l'importance du travail du chercheur qui ne s'épuise pas. C'est ainsi qu'il est apparu, à l'occasion d'une énième lecture de l'incrimination du meurtre, à quel point les circonstances aggravantes souffrent d'un manque de cohérence, de lisibilité et de définition. Le guet-apens en est un bel exemple. Pourtant, tout comme la préméditation, il transforme le meurtre en un assassinat (C. pén., art. 221-3) passible de la réclusion criminelle à perpétuité.

2. - Délaisée par la doctrine, cette circonstance aggravante n'est pourtant pas nouvelle, même si elle a subi plusieurs « va-et-vient ». En effet, l'ancien article 298 du Code pénal prévoyait déjà l'aggravation du meurtre dès lors qu'il est commis en guet-apens, ce dernier ayant été –

mal – défini comme le fait d'attendre « plus ou moins longtemps, dans un ou divers lieux, un individu, soit pour lui donner la mort, soit pour exercer sur lui des actes de violences » (C. pén., art. 298 ancien). Constituant une figure de la préméditation, cette circonstance aggravante fut jugée inutile et supprimée par les rédacteurs du nouveau Code pénal. C'était d'ailleurs déjà la position adoptée par la Cour de cassation qui considérait que « le guet-apens suppose nécessairement la préméditation » Note 1 pour censurer l'arrêt d'une cour d'appel qui, tout en répondant négativement à la question relative à la préméditation, retenait le guet-apens à l'encontre du prévenu. La solution est logique : comment est-il possible d'attendre une personne en vue de la tuer sans pour autant que le dessein de donner la mort soit formé avant l'action de commettre le crime Note 2 ?

3. - Toutefois, fidèle à sa politique criminelle faisant de la loi pénale une réponse à tout fait divers qui pourrait inquiéter l'opinion publique Note 3 , le législateur a réintroduit le guet-apens au sein du Code pénal par la loi du 5 mars 2007 Note 4 , en l'accompagnant d'une nouvelle incrimination, l'embuscade contre les forces de l'ordre ou les agents de service public de transport Note 5 qui, à quelques – petits – détails près, n'est ni plus ni moins qu'un guet-apens Note 6 . C'est ainsi que l'article 44 de ladite loi fut à l'origine d'un nouvel article 132-71-1 du Code pénal et d'une nouvelle définition du guet-apens. Celui-ci « consiste dans le fait d'attendre un certain temps une ou plusieurs personnes dans un lieu déterminé pour commettre à leur rencontre une ou plusieurs infractions ». Et ce n'est que par la loi du 17 mai 2011 Note 7 que le guet-apens fut à nouveau considéré comme une circonstance aggravante permettant de qualifier le meurtre d'assassinat.

4. - La réintroduction du guet-apens au sein du Code pénal suscite des interrogations. En effet, la définition de 2007 étant très proche de celle de l'ancien article 298 du Code pénal, il est légitime de se demander en quoi le guet-apens ne serait plus considéré, aujourd'hui, comme faisant double emploi avec la préméditation. Il est d'ailleurs fort surprenant de constater que la doctrine ne se soit pas saisie du sujet, les travaux sur le guet-apens se faisant très rares.

5. - Cette étude a ainsi pour objectif d'essayer de dégager une définition du guet-apens afin de comprendre ce qui pourrait justifier sa cohabitation aux côtés de la préméditation. Dès lors deux questions s'imposent. Au juste, qu'est-ce qu'un guet-apens (1) ? Et était-il nécessaire de réintroduire cette circonstance aggravante en plus de la préméditation (2) ?

1. La définition du guet-apens

6. - Tout d'abord, que peut-on tirer de la définition légale du guet-apens ? Quels sont les éléments permettant de retenir cette circonstance ? Il est malaisé de répondre à ces questions tant l'article 132-71-1 du Code pénal est mal rédigé. Exemple-type des textes violant le principe de légalité criminelle, celui-ci ne contient aucune précision sur les éléments constitutifs du guet-apens. Les termes employés par le législateur ne sont d'ailleurs pas loin d'être tout simplement ridicules, ce qui a valu à cette définition d'être qualifiée de « distrayante » Note 8 , au détriment de l'image majestueuse, sans doute un peu mythique il est vrai, que les idéalistes de 1789 attribuaient à la Loi. La tâche est d'autant plus complexe que doctrine et jurisprudence se sont gardées de se lancer dans cette aventure – se contentant le plus souvent soit de reprendre le texte à la lettre soit de le critiquer de la manière la plus succincte possible. Pourtant, si le débat peut exister sur la nécessité d'introduire le guet-apens dans notre Code pénal, il est difficile de soutenir que sa définition légale soit satisfaisante.

7. - Il suffit de « gloser » pour s'en rendre compte. En effet, le guet-apens est généralement conçu comme une sorte de piège : il s'agit de « guetter » une ou plusieurs personnes d'une manière délibérée – « apens » Note 9 – dans l'objectif de lui infliger une souffrance physique. La référence, dans le texte, au fait « d'attendre » doit donc être lue à la lumière du sens « commun » du guet-apens ce qui est, en soi, malheureux. Le simple fait d'attendre ne permet pas de caractériser ni une intention de piéger, ni une volonté de surprendre, ni même une quelconque volonté de commettre une infraction. Il aurait donc fallu apporter davantage de

précisions quant à la finalité de cette attente. En réalité, si l'auteur de l'infraction attend sa victime, c'est pour la surprendre, la piéger, et mettre toutes les chances de son côté pour réussir son projet criminel. La question n'est pas sans intérêt et présente des enjeux au regard de la preuve : suffit-il, pour retenir le guet-apens, de prouver qu'il y a eu attente, ou faut-il relever, en plus, que l'attente visait à tendre un piège à la victime ? De même, à supposer que l'élément de surprise soit inhérent au guet-apens, ne s'agit-il pas finalement d'un mode d'action commun à la plupart des infractions intentionnelles, qu'il s'agisse d'ailleurs de celles protégeant aussi bien les personnes que les biens ? Connaît-on un voleur qui préviendrait sa victime avant de lui soustraire sa chose, ou un tueur qui – en dehors des hypothèses de menaces – informerait sa victime de son projet en lui communiquant la date et l'heure de son acte criminel ? On le voit, la référence à l'attente est insatisfaisante, et permet d'ores et déjà de remettre en cause la nécessité du recours au guet-apens comme circonstance aggravante.

8. - Cela est d'autant plus vrai que l'on retrouve cette difficulté de déterminer d'une manière exacte ce à quoi correspond le guet-apens en matière pénale lorsqu'il s'agit de comprendre les circonstances de cette attente. C'est qu'en réalité, le législateur aurait mieux fait de rester muet sur ces caractéristiques plutôt que de bavarder pour ne rien dire. Attendre « un certain temps » ne permet pas de déterminer la durée exigée par la loi pour retenir le guet-apens, l'appréciation étant alors abandonnée à l'arbitraire du juge. Une longue attente est-elle nécessaire afin de relever la détermination de son auteur ? Plus précisément, à partir de combien de temps peut-on considérer qu'un « certain temps » s'est écoulé ? En outre, attendre « une ou plusieurs personnes » Note 10 permet simplement d'exclure l'animal du champ d'application du texte – ce qui, il est vrai, ne semble pas inutile à une époque où l'on hésite à reconnaître la qualité de personne à un éléphant... Le texte est donc une nouvelle fois décevant : non seulement la référence à la victime est insuffisante voire inutile, mais encore aucune précision n'est apportée quant à l'auteur de l'attente. Faudrait-il attendre à plusieurs ou le simple fait d'attendre, seul, sa victime, suffit-il pour aggraver une infraction ? La réponse à cette question semble déterminante pour justifier la nécessité du recours à l'aggravation. Car si la réunion pourrait servir comme argument pour aggraver une infraction commise en guet-apens Note 11, il en va différemment lorsque l'auteur de l'infraction agit seul. Par exemple, lorsqu'un homme projette de tuer sa femme, en quoi serait-il plus grave de l'attendre pour lui donner la mort plutôt que de passer à l'acte en la retrouvant le soir pendant qu'elle attendait son retour ? Cela est d'autant plus vrai que le lieu de l'attente ne semble pas déterminant pour retenir l'aggravation. En effet, il s'agit, selon les dispositions 132-71-1 du Code pénal, d'attendre « dans un lieu déterminé ». Cette précision conduit à se demander si ceux qui « fabriquent » la loi réfléchissent réellement à ce qu'ils produisent Note 12 ... S'il n'est pas inhabituel de distinguer un lieu public d'un lieu privé, il est pour le moins surprenant de constater que le législateur arrive à identifier un lieu « indéterminé » par opposition à celui qui le serait... L'ancien texte, plus cohérent sans être beaucoup plus précis, faisait, quant à lui, référence à « un ou divers lieux » (C. pén., art. 298 ancien) soit afin de couvrir l'hypothèse où plusieurs personnes se seraient concertées pour attendre à divers endroits leur(s) victime(s), soit alors pour permettre de retenir le guet-apens lorsque celui qui tend le piège suit sa victime d'un lieu à l'autre avant de passer à l'acte. Tel n'est pas le cas s'agissant de la référence à l'article 132-71-1 du Code pénal à « un lieu déterminé » qui fait plutôt appel au domaine de la fiction. Enfin, le texte s'achève sur une indication relative au « contenu » du piège tendu, c'est-à-dire à la nature de la souffrance qu'entend infliger l'agent à sa victime. Sans surprise, c'est une conception très large qui est retenue puisqu'il s'agit de commettre « une ou plusieurs infractions ». Là aussi, l'ancien texte avait le mérite d'être plus précis sur le plan projeté, puisque la circonstance aggravante était réservée à celui qui guette sa victime dans le dessein de lui donner la mort ou d'exercer sur elle des actes de violence. Le législateur de 2007 opte, quant à lui, pour la voie de la facilité Note 13 et préfère ouvrir la possibilité à toutes

incriminations pénales Note 14 d'être aggravées dès lors qu'elles sont commises en guet-apens Note 15 . Pourtant, cette vision très large du guet-apens n'était en aucun cas nécessaire, comme le prouve le domaine qui lui est réservé aujourd'hui par la loi : depuis sa réapparition dans le Code pénal, le guet-apens ne concerne que très peu d'infractions consistant toutes soit à donner la mort soit à commettre des actes de violences Note 16 . Cette circonstance est d'ailleurs peu retenue en jurisprudence ce qui est révélateur de son inutilité : le symbole l'a, une nouvelle fois, emporté sur la nécessité de légiférer... Par conséquent, il n'est pas exagéré d'affirmer que la définition de l'article 132-71-1 du Code pénal n'en est finalement pas une, du moins si l'on garde à l'esprit le principe fondateur de notre droit pénal, c'est-à-dire le principe de légalité criminelle Note 17 . Le guet-apens peut alors être compris, en matière pénale, comme il le serait par « l'homme de la rue » Note 18 : ce n'est finalement qu'un piège tendu par une ou plusieurs personnes à l'encontre d'une ou plusieurs autres personnes... Mais cela suffit-il pour justifier la création d'une circonstance aggravante présentant des caractéristiques très proches de la préméditation ?

## 2. Guet-apens et préméditation

9. - D'où, ensuite, la seconde question que pose la réintroduction du guet-apens au sein du Code pénal : était-il nécessaire – on revient à cette légalité bafouée... – d'aggraver le sort de celui qui commet une infraction en guet-apens ? Le doute est permis, comme l'ont déjà relevé plusieurs auteurs Note 19 et comme l'a déjà constaté la Cour de cassation Note 20 .

10. - Certes, préméditation et guet-apens ne sont pas forcément synonymes Note 21 . La différence entre les deux notions a trait à leurs natures : comme le précise, à juste titre, un auteur Note 22 , alors que le guet-apens « réprime un procédé – le fait de se poster en embuscade pour commettre une infraction », la préméditation sanctionne, quant à elle, « un état d'esprit – la résolution acquise par avance de commettre l'infraction ». Toutefois, bien que la résolution criminelle ne soit pas la caractéristique principale du guet-apens qui relève plus du mode opérationnel que de la psychologie de l'agent, il n'en reste pas moins que celle-ci constitue indéniablement un élément du guet-apens tellement il est difficile de concevoir qu'une personne puisse « attendre » une autre afin de commettre à son encontre une infraction pénale sans pour autant qu'il y ait eu une résolution antérieure à l'infraction avec un projet et un dessein réfléchis. C'est en ce sens que le guet-apens constitue bel et bien un doublon de la préméditation Note 23 non pas qu'il s'agisse exactement de la même chose, mais en ce que, s'agissant des infractions concernées par le guet-apens, celui-ci est tout simplement inconcevable sans préméditation. D'ailleurs, même la doctrine qui soutient la thèse d'une autonomie du guet-apens par rapport à la préméditation concède que cette distinction est fragile au regard de la preuve puisque la jurisprudence déduit la préméditation des circonstances de l'affaire et « s'appuie ainsi sur deux considérations, qui se retrouvent justement dans le guet-apens », à savoir le temps écoulé entre la conception du dessein criminel et son exécution et la préparation de ce projet dont le guet-apens est un révélateur important Note 24 . C'est ainsi que le guet-apens est un indice permettant au juge de caractériser la préméditation. Par exemple, les circonstances de la commission des crimes « en un lieu isolé, sur une route étroite, dans une zone de montagne » qui « démontrent le guet-apens » Note 25 sont des éléments déterminant pour retenir la préméditation.

11. - Reste à se demander si la différence de nature entre les deux notions pourrait expliquer leur « cohabitation ». Il est vrai que le meurtre n'est pas le seul « produit » possible d'un guet-apens – ce qui explique d'ailleurs qu'il ne s'agit pas ici d'une circonstance aggravante propre au meurtre. Il est également vrai que lorsque le guet-apens se conclut par la mort d'autrui, tel peut ne pas être le projet antérieurement conçu par l'agent Note 26 , le meurtre commis en guet-apens étant alors ici exclusif de toute préméditation. En revanche, et dans cette hypothèse, est-il réellement nécessaire d'aggraver le meurtre Note 27 ? Est-il justifié de qualifier d'assassin celui qui attend sa victime pour l'intimider, la blesser ou la menacer et qui

finir par lui donner volontairement la mort, emporté par une colère circonstanciée ? En quoi le guet-apens permet-il ici de relever une « dangerosité » quelconque de l'agent ? Cela est d'autant plus vrai que, s'il est possible de trouver une raison d'être à cette aggravation en matière de meurtre, rien ne pourrait justifier de ne pas l'appliquer à l'ensemble des autres infractions d'atteinte contre les personnes. Comment expliquer le choix des – rares – infractions concernées ? Pourquoi aggraver la peine de celui qui tend un piège à sa victime et qui finit par la tuer sans réserver le même sort à celui qui agit de la même manière mais qui finit par la violer ? Pourtant, le guet-apens n'est pas, aujourd'hui, une circonstance aggravante du viol. Aucune cohérence ne peut être relevée dans les choix faits par un législateur guidé par l'émotion et par une réponse instantanée à un fait divers...

12. - La conclusion s'impose : si le guet-apens est distinct de la préméditation, deux écueils principaux peuvent être relevés permettant de douter de la cohérence de la politique criminelle en la matière. D'une part, la définition légale du guet-apens est loin d'être satisfaisante et ne répond en aucun cas aux exigences de clarté et de précision du principe de légalité criminelle. D'autre part, il semble non seulement inutile de retenir le guet-apens comme circonstance aggravante au même titre que la préméditation, mais encore incohérent de procéder ainsi sans appliquer la même solution, aux moins, aux autres crimes portant atteinte à la vie ou à l'intégrité physique de la personne humaine.

Note 1 Cass. crim., 22 févr. 1989, n° 88-83.287 : Bull. crim. n° 89. – En revanche, il est acquis que la préméditation peut, quant à elle, être retenue sans guet-apens : Cass. crim., 19 oct. 1977, n° 77-90.996 : Bull. crim. n° 312 : « Si le guet-apens suppose nécessairement la préméditation, celle-ci peut exister sans guet-apens ».

Note 2 C'est sans doute pour cette raison que certains auteurs considèrent que le guet-apens constitue un des éléments permettant au juge de caractériser la préméditation. V. en ce sens : E. Dreyer, *Droit pénal spécial : Ellipses*, 2008, n° 74. – V. Malabat, *Droit pénal spécial : Dalloz*, coll. *Hypercours*, 8e éd., 2018, n° 77.

Note 3 Selon un auteur, « la loi pénale est devenue l'exutoire des tensions sociales, parfois très passagères parce que liées à la seule actualité ; elle est le moyen de rassurer l'opinion publique et de satisfaire tel groupe de victimes sans s'interroger sur les textes existants ni les difficultés de mise en œuvre de ceux que l'on entasse », B. de Lamy, *Dérives et évolution du principe de légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français : Les cahiers du droit 2009*, p. 585.

Note 4 En réponse à plusieurs faits divers commis à l'encontre des forces de l'ordre par certains jeunes de la banlieue parisienne. L. n° 2007-297, 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance : JO 7 mars 2007, p. 4297.

Note 5 C. pén., art. 222-15-1 : « Constitue une embuscade le fait d'attendre un certain temps et dans un lieu déterminé un fonctionnaire de la police nationale, un militaire de la gendarmerie, un membre du personnel de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, ainsi qu'un sapeur-pompier civil ou militaire ou un agent d'un exploitant de réseau de transport public de voyageurs, dans le but, caractérisé par un ou plusieurs faits matériels, de commettre à son encontre, à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, des violences avec usage ou menace d'une arme ».

Note 6 Pour un avis contraire, V. A. Ponseille, *A propos du délit d'embuscade de l'article 222-15-1 du code pénal : RSC 2009*, p. 535.

Note 7 L. n° 2011-525, 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit : JO 18 mai 2011, p. 8537.

Note 8 P. Conte, *Droit pénal spécial, Litec 5e éd.*, 2016, n° 101.

Note 9 « Apens » vient de l'ancien français et signifie réfléchi, délibéré. Le terme est dérivé du verbe « appenser » qui est défini comme le fait de mûrir et de construire un projet.

Note 10 L'ancien texte faisait référence à « un individu », mais il est évident que la circonstance pouvait être retenue quand bien même plusieurs personnes étaient attendues.

Note 11 Il faut cependant préciser que même dans cette hypothèse, la circonstance aggravante demeure inutile puisque le Code pénal prévoit déjà la possibilité d'aggraver le sort de ceux qui agissent à plusieurs.

Note 12 L'actualité permet malheureusement de répondre par la négative. Un sénateur n'a-t-il pas récemment parlé du Comité national universitaire pour évoquer le CNU et défendre sa suppression ?

Note 13 Et sûrement de la sévérité pour montrer à l'opinion publique angoissée la force et la détermination dont il peut faire preuve dans la lutte contre la délinquance.

Note 14 Cette référence ne devrait donc pas permettre d'exclure les contraventions du champ d'application de la circonstance aggravante...

Note 15 Pour un auteur, cette conception large du guet-apens devrait être interprétée comme traduisant la volonté du législateur de retenir la circonstance aggravante alors même que l'infraction projetée ne correspond pas à celle préalablement déterminée par l'agent, C. de Jacobet de Nombel, L'originalité de la circonstance aggravante de guet-apens : RSC 2010, p. 545. Cette interprétation peut ne pas convaincre : en quoi le défaut de précision sur la nature de l'infraction projetée devrait-il être synonyme d'une indifférence à la coïncidence entre cette dernière et celle finalement commise ?

Note 16 Il s'agit, en plus du meurtre, des tortures et actes de barbaries (C. pén., art. 222-3, 9°), des violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner (C. pén., art. 222-8, 9°), des violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente (C. pén., art. 222-10, 9°), des violences ayant entraîné une incapacité totale de travail de plus de 8 jours (C. pén., art. 222-12, 9°), des violences ayant entraîné une incapacité totale de travail inférieure ou égale à 8 jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité de travail (C. pén., art. 222-13, 9°) ainsi que les violences commises avec usage ou menace d'une arme sur un fonctionnaire de la police nationale, un militaire de la gendarmerie, un membre du personnel de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, ou sur un sapeur-pompier civil ou militaire ou un agent d'un exploitant de réseau de transport public (C. pén., art. 222-14-1).

Note 17 Ce qui semble, malheureusement, à son tour, relever à notre époque de la fiction... V. P. Conte, *Le droit n'est plus le tennis. – Un juge vous le dira* : JCP G 2016, 1405. – P. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7ème édition, 2004, n° 2 : « Mais notre époque qui voue un culte à l'opportunité, ne peut que difficilement supporter cette volonté de fixer d'avance quelles seront les règles applicables et partant quelle sera la solution d'une difficulté qui ne se pose pas encore : c'est au moment où le problème surgira que l'on voudrait pouvoir improviser la solution estimée opportune en fonction de son résultat ».

Note 18 Ou par les juges de la Cour européenne des droits de l'homme... Il est d'ailleurs amusant de constater que cette dernière fait référence au guet-apens – pour l'exclure – en évoquant l'attitude des policiers (faut-il rappeler que le guet-apens fut réintroduit dans notre code pénal à la suite de faits divers commis à l'encontre de policiers ?) qui avaient placé en garde à vue dans des cellules contiguës et sonorisées deux individus dans l'objectif de recueillir des éléments de preuve. Les juges de Strasbourg affirment qu'en l'espèce, « il n'y avait pas eu de guet-apens et que l'intéressé n'avait pas été incité à livrer ses aveux », CEDH, 12 mai 2000, n° 35394/97, *Khan c/ RU*, § 36.

Note 19 V. Malabat, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 77 : l'auteur évoque une « redondance ». – Y. Mayaud, *Meurtre* : Rep. pén. Dalloz, 2006, n° 173 : « les deux notions se recoupaient, le guet-apens étant compris dans la préméditation. Sa disparition s'imposait. Mais elle n'est pas synonyme de dépenalisation : aujourd'hui comme hier, la préméditation peut en fait résulter d'un guet-apens ». – M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 8e édition, 2018, n° 59 : selon



l'auteur, le code pénal de 1992 avait « à juste titre » fait disparaître le guet-apens « pour la raison de bons sens que le guet-apens suppose nécessairement la préméditation dont il est une des formes privilégiées et donc que sa prévision spécifique était inutile ».

Note 20 Cass. crim., 22 févr. 1989, n° 88-83.287 : Bull. crim. n° 89.

Note 21 D'ailleurs, on l'a dit, s'il peut être légitime de penser que tout guet-apens suppose nécessairement la préméditation, cette dernière peut exister sans guet-apens, si bien que les deux notions sont bien distinctes : Cass. crim., 19 oct. 1977, n° 77-90.996 : Bull. crim. n° 312.

Note 22 C. de Jacobet de Nombel, L'originalité de la circonstance aggravante de guet-apens : RSC 2010, p. 545. – Garçon distinguait, à son tour, guet-apens et préméditation : alors que le premier peut être retenu dans le cas d'un acte commis par colère, « sous l'empire d'une impulsion passionnée », la préméditation postule selon lui, une « réflexion froidement mûrie », E. Garçon, Code pénal annoté : Sirey, 1959, art. 296 à 298, n° 30.

Note 23 V. Malabat, Droit pénal spécial, Dalloz Hypercours, 8e éd., 2018,, n° 77.

Note 24 C. de Jacobet de Nombel, L'originalité de la circonstance aggravante de guet-apens : RSC 2010, p. 545.

Note 25 Cass. crim., 10 avr. 2019, n° 18-83.053 : JurisData n° 2019-005544 .

Note 26 Tel peut être le cas à chaque fois que l'agent attend sa victime pour se venger et causer un préjudice sans pour autant déterminer à l'avance sa nature exacte, mais également à chaque fois que l'agent attend sa victime afin de réaliser un projet bien déterminé mais qui se résout par la mort voulue de la victime à cause d'un concours de circonstances.

Note 27 La question se pose avec d'autant plus d'acuité que la peine passe à la réclusion criminelle à perpétuité.

- **Document n° 8 : Interdiction de gérer et principe de légalité criminelle (R. Salomon, Dr. sociétés 2021, comm. n° 97) :**

***Crim. 2 juin 2021, n° 20-84.970***

**Solution.** – Les articles L. 249-1 et L. 654-5 du Code de commerce ainsi que l'article 314-10 du Code pénal, prévoyant respectivement la peine d'interdiction de gérer à l'encontre des auteurs d'abus de biens sociaux, de banqueroute et d'abus de confiance, limitent une telle peine aux entreprises commerciales ou industrielles et aux sociétés commerciales.

**Impact.** – Le juge répressif ne peut donc prononcer une peine d'interdiction de gérer une toute entreprise ou toute société sans violer le principe de légalité des peines, énoncé à l'article 111-3 du Code pénal.

Le droit pénal des sociétés s'illustre par une grande variété et par une particulière sévérité des sanctions encourues. Outre l'emprisonnement, pouvant parfois s'élever jusqu'à 10 ans, sont encourues des peines d'amende particulièrement dissuasives. Par ailleurs, certaines peines complémentaires constituent de véritables mesures de prophylaxie commerciale : interdiction de gérer, faillite personnelle, interdictions diverses d'exercer certaines activités économiques ? (A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, Droit pénal des affaires : LexisNexis, 6e éd., 2020, n° 624).

Aussi, le principe de légalité criminelle constitue-t-il un garde-fou essentiel lors du prononcé souvent cumulatif de ces sanctions tant principales que complémentaires, comme il est question dans l'arrêt rendu, le 2 juin 2021, par la chambre criminelle.

Au cas présent, le cinquième moyen de cassation critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a prononcé à l'encontre du prévenu une interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, administrer, gérer ou contrôler une entreprise ou une société pendant 5 ans.

Il est soutenu que la cour d'appel, qui n'a pas limité l'interdiction de gérer prononcée aux entreprises commerciales ou industrielles et aux sociétés commerciales, a méconnu l'article 111-3 du Code pénal et le principe selon lequel nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi.

À la date des faits, la peine complémentaire d'interdiction de gérer était encourue par le prévenu au titre de l'abus de biens sociaux (C. com., art. L. 249-1, créé par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008), de la banqueroute (C. com., art. L. 654-5) et de l'abus de confiance (C. pén., art. 314-10). Ces trois textes visent la même peine complémentaire d'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale.

Les différentes dispositions précitées renvoient à l'article 131-27 du Code pénal, lequel dispose, dans son alinéa 2 que « l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale est soit définitive, soit temporaire ; dans ce dernier cas, elle ne peut excéder une durée de quinze ans ».

La généralité des termes employés par ce texte (« à un titre quelconque ») laisse à penser que l'interdiction doit pouvoir frapper une personne dont l'activité de direction, d'administration, de gestion ou de contrôle d'une entreprise ou d'une société serait occasionnelle, voire exceptionnelle. C'est donc une fonction plus qu'une profession qui est ici visée. En revanche, les juges doivent en limiter l'étendue aux entreprises commerciales ou industrielles ou aux sociétés commerciales.

En effet, il résulte d'une jurisprudence constante de la chambre criminelle que le prononcé d'une interdiction de gérer toute entreprise ou toute société, alors que l'article L. 249-1 du Code de commerce et 131-27 du Code pénal limitent une telle interdiction aux entreprises commerciales ou industrielles et aux sociétés commerciales, méconnaît le principe de légalité des peines (Cass. crim., 21 sept. 2011, n° 11-84.568 : JurisData n° 2011-024389-. – Cass. crim., 17 déc. 2014, n° 13-87.968 : JurisData n° 2014-031294-. – Cass. crim., 29 juin 2016, n° 15-81.871 : JurisData n° 2016-012677 .

En l'espèce, la cour d'appel a confirmé l'interdiction prononcée en première instance, pendant 5 ans, « d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, administrer, gérer ou contrôler une entreprise ou une société », sans restreindre l'interdiction de gérer aux entreprises et sociétés commerciales.

La cassation était donc encourue, limitée à l'étendue de la peine complémentaire prononcée et sans renvoi, la chambre criminelle étant conduite à juger elle-même que l'interdiction professionnelle sera limitée à la direction ou à la gestion, directes ou indirectes, d'une entreprise commerciale ou industrielle ou d'une société commerciale.

## **2) La loi pénale dans le temps**

- **Document n° 9 : Inexécution de la peine prononcée pour un fait qui, en vertu d'une loi postérieure au jugement, n'a plus le caractère d'une infraction pénale : notion de loi (Ph. Conte, Dr. pénal 2021, comm. n° 176) :**

*Crim. 8 juin 2021, n° 20-87.078 QPC*

Solution. – La Cour de cassation assimile à la loi une décision du Conseil constitutionnel ayant pour effet d'ôter au fait son caractère délictueux.

Impact. – Il est difficile d'anticiper les conséquences que pourraient produire cette assimilation dans des situations autres que l'application de la loi dans le temps.

La chambre criminelle est saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 112-4, alinéa 2 du Code pénal, aux termes duquel si « L'application immédiate de la loi nouvelle est sans effet sur la validité des actes accomplis conformément à la loi ancienne », toutefois, « la peine cesse de recevoir exécution quand elle a été prononcée pour un fait qui, en vertu d'une loi postérieure au jugement, n'a plus le caractère d'une infraction pénale ». Il lui est demandé si ce texte est alors « conforme aux principes constitutionnels d'égalité et de nécessité des peines en ce qu'il ne prévoit pas que doit également cesser de recevoir exécution la peine prononcée par l'effet d'une loi ou d'une jurisprudence jugée non conforme à la Constitution par une décision du Conseil constitutionnel ». Si la chambre criminelle refuse de saisir le Conseil constitutionnel, c'est après avoir proposé sa propre interprétation de l'article 112-4, alinéa 2 (§ 6), et assimilé à la « loi » évoquée par le texte une décision du Conseil constitutionnel qui produit le même effet : « les décisions du Conseil constitutionnel s'imposant aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles en vertu de l'article 62 de la Constitution, les déclarations de non-conformité ou les réserves d'interprétation qu'elles contiennent et qui ont pour effet qu'une infraction cesse, dans les délais, conditions et limites qu'elles fixent, d'être incriminée doivent être regardées comme des lois pour l'application de l'article 112-4, alinéa 2, du Code pénal » (§ 5).

Cette assimilation d'une décision du Conseil à la loi est donc limitée à leurs effets communs (ôter au fait son caractère délictueux), et ne s'étend pas, évidemment, au rôle respectif du législateur et du Conseil. Ainsi seule la « loi » détermine les crimes et les délits (C. pén., art. 111-2). En revanche, par une réserve d'interprétation, le Conseil peut participer à la définition de leurs éléments tels que prévus par la « loi » (C. pén., art. 111-3). Mais malgré cette distinction, et au-delà de cet exemple, il reste que l'assimilation porte loin et qu'il est difficile, partant, d'en anticiper les autres cas d'application éventuels.