

Droit pénal
octobre 2008 - octobre 2009

Gabriel Roujou de Boubée, Agrégé des Facultés de droit, Professeur émérite à l'Université de Toulouse, Faculté de droit et de science politique, Directeur honoraire de l'Institut de sciences criminelles

Thierry Garé, Agrégé des Facultés de droit, Professeur l'Université de Toulouse, Faculté de droit et de science politique, Directeur de l'Institut de sciences criminelles

Solange Mirabail, Maître de conférences à l'Université de Toulouse, Faculté de droit et de science politique, Membre du Centre de droit privé

L'essentiel

Depuis quelques mois, c'est la procédure pénale - ou plutôt l'incertitude sur son éventuelle réforme - qui alimente les revues juridiques. Pour autant, il faut se garder de penser que la vie du droit pénal substantiel, général et spécial, s'est arrêtée. Bien au contraire, les apports législatifs, les décisions judiciaires continuent qui concernent les conditions de la responsabilité, les sanctions et, aussi, des incriminations dont on aurait pu penser qu'elles n'avaient plus rien à nous apprendre. C'est de tout cela que le présent panorama voudrait présenter un compte-rendu fidèle et complet.

Avant propos : Le lecteur ne trouvera pas ici un commentaire systématique de la loi pénitentiaire (actuellement soumise au contrôle du conseil constitutionnel), car un pareil exposé déborderait largement le cadre de ce panorama. Néanmoins, comme il s'agit d'un texte attendu depuis longtemps et d'une importance capitale, il paraît judicieux d'en donner tout de suite un aperçu, fût-il très incomplet.

Cent articles répartis dans trois titres. Un titre préliminaire traite du sens de la privation de liberté. Un article unique : « *Le régime d'exécution de la peine de privation de liberté concilie la protection de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne détenue afin de lui permettre de mener une vie responsable et de prévenir la commission de nouvelles infractions* ».

Le titre I est relatif, d'une part, à la mission et à l'organisation du service public pénitentiaire, d'autre part, à la condition de la personne détenue ; cette dernière fait l'objet d'une quarantaine d'articles qui constituent une véritable charte des droits et des obligations du détenu, charte dans laquelle le législateur s'est efforcé de satisfaire les exigences européennes ; à noter, plus particulièrement, l'obligation d'activité et l'organisation de la vie familiale.

Le titre II modifie de nombreux articles du code pénal et du code de procédure pénale concernant les aménagements de peines, le travail d'intérêt général, l'assignation à résidence avec surveillance électronique (utilisable dans le cadre de la phase d'instruction), les procédures simplifiées d'aménagement des peines (nouvelles) confiées au juge de l'application des peines. De manière générale, le souci est manifeste d'éviter le plus possible le prononcé d'une peine d'emprisonnement (V. le nouvel art. 132-24 c. pén.) ou l'exécution effective des peines inférieures à deux ans. Enfin, le principe est réaffirmé de l'emprisonnement cellulaire sous réserve d'un moratoire de cinq ans pour les maisons d'arrêt.

Un souhait pour clore ces quelques lignes : qu'un jour, à l'occasion d'une réforme de plus



grande ampleur de notre système répressif, l'existence soit enfin consacrée d'un code exclusivement réservé à la matière des sanctions.

Première partie : droit pénal général


I - Les éléments de la responsabilité



A - Le texte applicable



1 - Nécessité d'un texte

Pas d'infraction sans un texte d'incrimination. Tout le monde connaît la première proposition qui exprime le principe légaliste. Il arrive néanmoins que l'existence du texte soit admise sans vérification et... à tort. Telle était l'hypothèse qui a donné lieu à un arrêt rendu par la chambre criminelle (**Crim. 4 mars 2009, n° 08-87.465**, D. 2009. AJ. 1091 ; AJ pénal 2009. 229, obs. M.-E. C. ) : un juge de proximité, bien qu'il y fût invité par le prévenu, ne s'était pas assuré de l'existence de l'arrêté municipal sur la base duquel il avait prononcé une condamnation. Sa décision est, évidemment, cassée. Il arrive également que, contre toute vraisemblance, ce texte soit absent de l'arsenal répressif ; ainsi, aucune disposition légale n'incrimine les diffamations et injures à l'égard des harkis ; certes, celles-ci sont interdites par l'article 5 de la loi du 23 février 2005 mais, en l'état actuel, la méconnaissance de cet article n'est pas assortie d'une sanction pénale ; en même temps, les harkis ne constituent pas un groupe de personnes entrant dans l'une des catégories limitativement énumérées par l'article 32, alinéa 2, de la loi du 29 juillet 1881 qui réprime la diffamation à raison de l'origine, de l'appartenance ou de la non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée (**Crim. 31 mars 2009, 2 arrêts, n° 07-88.021 et n° 07-86.892**, D. 2009. AJ. 1143, obs. S. Lavric ; AJ pénal 2009. 267, obs. G. Royer ).

2 - Qualités exigées du texte

a - *Conformité à la Constitution* : le projet de loi organique relative à la mise en oeuvre de l'exception d'inconstitutionnalité devant le juge judiciaire et, notamment, devant le juge pénal (art. 61-1 de la Constitution - V. nos obs. dans le dernier panorama, D. 2009. Pan. 123 ) a été adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 14 septembre 2009 : en vertu de ce texte, en son état actuel, « la question prioritaire de constitutionnalité » pourrait être soulevée devant toute juridiction relevant de la Cour de cassation, qu'elle soit d'instruction ou de jugement, à l'exception de la cour d'assises ; elle supposerait que la disposition contestée soit applicable au litige, que la question soit sérieuse et qu'elle n'ait pas déjà été tranchée par le Conseil constitutionnel ; enfin elle entraînerait un sursis à statuer de la part de la juridiction saisie, sauf lorsqu'une personne est privée de liberté ou lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté (V. sur ce texte provisoire le commentaire de notre collègue Mathieu, JCP 2009, n° 40, p. 11).






b - *Conformité aux conventions internationales* : c'est souvent au regard du droit de l'Union européenne que les textes d'incrimination doivent être appréciés, spécialement lorsqu'ils concernent le droit des affaires. Ainsi, la chambre criminelle (**Crim. 3 juin 2009, n° 08-82.941**, D. 2009. Chron. C. cass. 1714, obs. P. Chaumont et E. Degorce  ; AJ pénal 2009. 361, obs. M.-E. C.  - V. déjà Crim. 22 mai 1997, Bull. crim. n° 198) a été amenée à décider que les textes de droit interne qui réservent l'organisation et l'exploitation des loteries à une société contrôlée par l'Etat (L. du 21 mai 1836 et Décr. du 9 nov. 1978) ne sont pas contraires aux dispositions du traité CE : d'une part, ils sont commandés par une raison impérieuse d'intérêt général tenant à la protection de l'ordre public par la limitation des jeux et leur contrôle (restriction autorisée à la liberté de prestations de service et à la liberté d'établissement), d'autre part, il s'agit là de mesures proportionnées à l'objectif poursuivi.

Dans le même esprit, la cour d'appel de Paris (**Paris, 5^e ch., 14 mai 2009, n° 09/03660**, D. 2009. AJ. 1475, obs. E. Petit ; M. Chagny, De l'assouplissement du régime des offres liées à l'avènement d'un droit du marché ?, D. 2009. Chron. 2561) s'est rangée à la doctrine exprimée par la CJCE (23 avr. 2009, D. 2009. AJ. 1273, obs. E. Petit ; V. égal. M. Chagny, préc.  ; RTD com. 2009. 607, obs. B. Bouloc ) et a estimé que les dispositions de la directive n° 2005/29 du 11 mai 2005 relatives aux pratiques commerciales déloyales entraînaient la disparition de l'interdiction en droit interne des ventes subordonnées (art. L. 122-1 c. consom.). Or, cette interdiction est pénalement sanctionnée par l'article R. 121-3



(contravention de 5^e classe).


c - *Prévisibilité* : cette exigence, intimement liée au légalisme, a fait récemment l'objet d'une interprétation assez souple de la part de la Cour européenne des droits de l'homme (**CEDH 17 mars 2009, n° 13113/03, Ould c/ France**, D. 2009. Jur. 1573, note J.-F. Renucci). L'espèce concernait la mise en oeuvre par la France de la règle de compétence universelle en matière de torture (art. 689-1 et 689-2 c. pr. pén.), les poursuites étant diligentées contre un sujet mauritanien pour des faits commis en Mauritanie et couverts par une loi d'amnistie mauritanienne dont l'application a d'ailleurs été écartée. Si l'on s'en tient au seul aspect de la prévisibilité de la loi, la difficulté était la suivante : les faits avaient été commis en 1990-1991, époque à laquelle la torture, en France, n'était pas incriminée à titre autonome mais constituait une circonstance aggravante de certaines infractions ; l'incrimination à titre autonome n'a été instituée qu'en 1994. Dans ces conditions cette incrimination, postérieure aux faits reprochés, pouvait-elle être retenue ? La cour a répondu par l'affirmative : les dispositions entrées en vigueur le 1^{er} mars 1994 constituent essentiellement une évolution du code pénal entraînant, non pas l'apparition d'une nouvelle infraction, mais un aménagement législatif concernant des comportements déjà visés, aménagement que l'intéressé pouvait raisonnablement prévoir, compte tenu de la condamnation universelle de la torture, norme appartenant au *jus cogens*.



3 - Interprétation du texte

Un arrêt de l'assemblée plénière du 13 février 2009 fournit un exemple particulièrement topique de ce qu'est l'interprétation stricte, telle que voulue par l'article 111-4 du code pénal : le délit de construction sans permis (art. L. 480-4 c. urb.) n'est pas constitué lorsque des travaux ont été continués malgré la décision du juge administratif ayant ordonné le sursis à exécution du permis initialement accordé ; en effet, le sursis à exécution ne vaut pas annulation de l'autorisation. Ainsi, il a été mis un terme à une longue procédure (V. nos obs., RDI 2009. 249 ) marquée notamment par une décision de la Cour européenne des droits de l'homme qui avait fait application de l'exigence de prévisibilité, non seulement au texte incriminateur lui-même, mais également à l'interprétation donnée à ce texte par les tribunaux (CEDH 10 oct. 2006, D. 2007. Jur. 124, note D. Roets, et Pan. 399, et nos obs.  ; AJDA 2007. 1257, obs. E. Carpentier et J. Trémeau  ; RDI 2006. 491, nos obs. , et 2007. 196, obs. P. Soler-Couteaux ).

4 - Application du texte dans le temps









a) L'infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire peut être ordonné par la juridiction de jugement est devenue une véritable catégorie soumise, sur certains points, à un régime spécifique. Ainsi, l'appartenance à cette catégorie peut entraîner la mise en oeuvre d'une mesure de sûreté ou celle d'une simple modalité d'exécution de la peine. Dans l'un et l'autre cas, l'application immédiate est la règle, quelle que soit la date de commission des faits, y compris lorsque cette date exclut l'application du suivi socio-judiciaire lui-même ; tel est le cas en ce qui concerne la surveillance judiciaire (**Crim. 21 janv. 2009, n° 08-83.372**, D. 2009. Jur. 1326, notre note, et Pan. 1376, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon ; AJ pénal 2009. 124, obs. M. Herzog-Evans  ; RSC 2009. 431, obs. P. Poncela ) ; tel est encore le cas lorsqu'est exigée une expertise psychiatrique préalablement à l'octroi d'une permission de sortir (**Crim. 2 sept. 2009, n° 09-80.951**). Bien sûr, il en irait différemment si la mesure considérée avait pour résultat de rendre la peine prononcée plus sévère.

b) Les lois de procédure sont d'application immédiate aux instances en cours. Encore faut-il que l'on soit en présence d'une véritable loi de procédure. Tel n'est pas le cas de la loi du 25 février 2008 qui organise la comparution, devant la chambre de l'instruction, du malade mental dont le juge d'instruction entend exclure la responsabilité pénale. En effet, en vertu de ce texte, ce malade encourt néanmoins « les peines prévues à l'article 706-136 du code pénal » alors qu'il ne les encourait pas par le passé, ce qui constitue une incontestable aggravation de son sort excluant, par là même, l'application immédiate du texte (**Crim. 21 janv. 2009, n° 08-83.492**, D. 2009. Jur. 1111, avec l'analyse particulièrement éclairante de M^{me} Matsopoulou ; AJ pénal 2009. 178, obs. J. Lasserre Capdeville  ; RSC 2009. 69, obs. P.-J.















Delage , et 136, obs. A. Giudicelli .

B - L'auteur




1 - Le principe de personnalité

Jusqu'à présent, dans l'hypothèse de l'absorption d'une société par une autre, le Conseil d'Etat considérait que les sanctions pécuniaires encourues par la société absorbée pouvaient être prononcées à l'encontre de la société absorbante (V. en dernier lieu, CE 6 juin 2008, *Sté Oddo*, D. 2008. Jur. 3125, note Robert et Bouaouda ). Fort heureusement, il vient d'abandonner cette solution (CE 17 déc. 2008, *Sté Oddo* , D. 2009. AJ. 165  ; AJDA 2009. 447  ; Rev. sociétés 2009. 397, obs. C. Arsouze , à propos de sanctions infligées par l'Autorité des marchés financiers) et de se ranger à l'interprétation de l'article 121-1 du code pénal telle que consacrée par la Cour de cassation (Crim. 26 juin 2001, D. 2002. Somm. 1802, et nos obs.  ; RSC 2002. 99, obs. B. Bouloc  ; RTD com. 2002. 178, obs. B. Bouloc ) : le principe de personnalité fait obstacle à ce que la société absorbante soit poursuivie et/ou condamnée pour des faits imputables à la société absorbée. A noter, toutefois, que la jurisprudence communautaire s'est prononcée en sens contraire (CJCE 28 mars 1984, *C^{ie} royale asturienne des mines SA et Rheinzink GmbH c/ Comm.*, Recueil CJCE I-1679).

2 - Le cas particulier de la personne morale

La tendance est incontestable qui consiste à consacrer l'autonomie de la responsabilité de la personne morale par rapport à la responsabilité de la personne physique, organe ou représentant (V., sur la question, Maréchal, Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales, JCP 2009, n° 38, p. 46 ; Saenko, De l'imputation par amputation ou le mode allégé d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales, Dr. pénal 2009. Etude n° 14). Ainsi il a été admis, à propos des infractions non intentionnelles, puis des infractions intentionnelles, que l'identification du fautif n'est pas requise dès lors que se trouve établie la nécessaire commission par un organe ou représentant (V. nos obs. D. 2009. Pan. 123, spéc. 125, et la jur. citée ) ou dès lors que le délit est le fruit de la politique commerciale voulue et organisée par la personne morale (Crim. 25 juin 2008, Bull. crim. n° 167 ; D. 2008. AJ. 2287, 2009. Pan. 1441, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra, et Pan. 1723, obs. C. Mascala  ; RSC 2009. 89, obs. E. Fortis  ; RTD com. 2009. 218, obs. B. Bouloc  ; Rev. sociétés 2008. 873, obs. H. Matsopoulou  ; 24 mars 2009, Dr. pénal 2009. Comm. n° 84). Un pas de plus est franchi lorsque la responsabilité de la personne morale est retenue alors même que celle de l'organe, auteur indirect, ne saurait l'être en raison de l'absence de faute qualifiée de sa part ; c'est ce que rappelle la chambre criminelle dans un arrêt du 28 avril 2009 (**Crim. 28 avr. 2009, n° 08-83.843**, AJ pénal 2009. 267, obs. M.-E. C.  ; Dalloz Actualité, 25 mai 2009 ; V. déjà Crim. 24 oct. 2000, Bull. crim. n° 308 ; D. 2002. Jur. 514, note J.-C. Planque, et Somm. 1801, nos obs.  ; RSC 2001. 156, obs. Y. Mayaud , 371, obs. B. Bouloc , 399, obs. A. Cerf-Hollender , et 824, obs. G. Giudicelli-Delage  ; RDI 2001. 507, et nos obs.  ; Rev. sociétés 2001. 119, obs. B. Bouloc  ; RTD com. 2001. 260, obs. B. Bouloc ). L'on comprend aisément que la solution inverse conduirait à une impunité généralisée alors que - manifestement - une faute d'imprudence a été commise. Il n'en demeure pas moins que l'on s'éloigne assez sensiblement des exigences de l'article 121-2 qui soumet expressément la responsabilité de la personne morale à l'existence d'une « infraction » et non pas d'une « faute » commise par la personne physique, organe ou représentant.

3 - Les causes d'exclusion ou d'atténuation de la responsabilité

La justification de certaines infractions, tels le vol ou la violation du secret professionnel, par l'exercice des droits de la défense est un principe acquis aujourd'hui. Reste, toutefois, à délimiter le champ d'application de ce fait justificatif. Deux arrêts récents y contribuent : - dans le premier (**Crim. 28 oct. 2008, n° 08-81.432**, Bull. n° 215 ; D. 2009. Pan. 2238, obs. J. Pradel  ; AJ pénal 2009. 26, obs. C. Porteron  ; RSC 2009. 97, obs. Y. Mayaud ), la chambre criminelle paraît admettre que les droits de la défense pris en considération sont, non seulement ceux du professionnel lui-même, mais peuvent être également ceux de son

client, fût-il demandeur ; elle y exclut, en effet, la justification car il n'est pas démontré que les révélations en cause aient été nécessaires à l'exercice des droits des clients de l'intéressée ; or, ceux-ci étaient partie civile et non prévenus ; sont donc retenus les « droits du plaideur » plutôt que les « droits de la défense » proprement dits ; - dans le second arrêt (**Crim. 9 juin 2009, n° 08-86.843**, D. 2009. Chron. C. cass. 1714, spéc. 1721, P. Chaumont et E. Degorce ; AJ pénal 2009. 361, obs. M.-E. C.), la chambre criminelle apporte une précision importante en ce qui concerne l'exonération de responsabilité reconnue au profit du salarié auteur d'un vol de documents appartenant à son employeur : dans sa décision du 11 mai 2004 (D. 2004. Jur. 2326, note H. K. Gaba, et Somm. 2760, et nos obs. ; RSC 2004. 635, obs. E. Fortis, et 866, obs. G. Vermelle ; RTD com. 2004. 823, obs. B. Bouloc), la Cour de cassation avait décidé que cette exonération jouait dans le cadre du « litige » opposant ces deux personnes. Litige prud'homal, sans aucun doute. Mais seulement litige prud'homal ? La réponse est donnée par un arrêt du 9 juin 2009 : la justification est exclue en dehors du litige prud'homal (en l'espèce, poursuites pour diffamation intentées par l'employeur à l'encontre de son salarié).

II - Les sanctions

A - Le principe de proportionnalité

Si la loi ne doit établir que des peines « strictement et évidemment nécessaires » (art. 8 Déclaration de 1789), le juge, lors de leur mise en oeuvre, doit respecter un principe de proportionnalité. Cette obligation, même si elle ne fait pas l'objet d'une formulation expresse, ressort très clairement de divers textes et, notamment, de l'article 132-24 du code pénal qui donne des directives générales pour la fixation de la peine. La proportionnalité s'apprécie, pour l'essentiel, par rapport à la gravité de la faute et par rapport aux fonctions de la répression. C'est le premier paramètre qui est retenu par la Cour européenne des droits de l'homme dans deux arrêts récents qui condamnent la France à propos d'une même hypothèse, celle de la non-déclaration en douane d'une somme d'argent : la confiscation de la somme en question, cumulée avec une amende correspondant à la moitié (**CEDH 26 févr. 2009, n° 28336/02**) ou au quart (**CEDH 9 juill. 2009, n° 39973/03**) de son montant, est une sanction disproportionnée par rapport au manquement commis (*contra* : Crim. 30 janv. 2002, D. 2003. Somm. 173, obs. B. de Lamy ; RSC 2002. 581, obs. B. Bouloc ; RTD com. 2002. 558, obs. B. Bouloc). Au-delà de la solution concrète, le contrôle, par la Cour de Strasbourg, de la proportionnalité de la sanction prononcée par le juge national n'est pas sans constituer une ample matière à réflexion.

B - Le régime de la récidive

a) Dans un avis du 26 janvier 2009 (**Cass., avis, 26 janv. 2009, n° 0080013P**, D. 2009. AJ. 501, obs. M. Léna ; AJ pénal 2009. 173, obs. C. Saas), la Cour de cassation estime qu'une condamnation avec sursis, réputée non avenue, peut constituer le premier terme d'une récidive. Les effets du « non avenue », n'étant indiqués par aucun texte, la doctrine dominante penchait pour les assimiler à ceux de la réhabilitation et donc à ne pas admettre une condamnation non avenue comme premier terme d'une récidive ; mais un élément nouveau a été apporté par la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, qui, dans l'article 133-16, alinéa 3, du code pénal, dispose que « *la réhabilitation n'interdit pas la prise en compte de la condamnation... pour l'application des règles sur la récidive légale* ». D'où la solution proposée (sur les différents aspects de cette solution, V. l'étude de C. Saas, préc.).

b) Dans le souci de lutter efficacement contre la récidive, la loi du 10 août 2007 a établi, on le sait, des peines planchers à l'égard des récidivistes ; toute possibilité d'individualisation n'est cependant pas écartée puisque les tribunaux ont la possibilité de descendre au-dessous du seuil légal à la condition de recourir à une motivation spéciale. Dans le cas de nouvelle récidive (art. 132-18-1 pour les crimes et art. 132-19-1 pour les délits), cette motivation doit être relative aux « garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion » présentées par l'accusé ou le prévenu, ces garanties résultant, notamment, de la stabilisation sociale de l'intéressé à partir de sa situation professionnelle et de son environnement affectif ou psychologique (V. la circulaire d'application CRIM.-07-10-E8 du 13 août 2007). C'est la nécessité de cette motivation spéciale que vient de rappeler la chambre criminelle à deux

reprises (**Crim.** 16 déc. 2008, n° 08-85.671, Bull. crim. n° 254 ; D. 2009. AJ. 230, obs. M. Léna[☞] ; AJ. pénal 2009. 127, obs. M. Herzog-Evans[☞], et 188, obs. M.-E. C.[☞] ; **20 janv. 2009, n° 08-85.669**, Bull. crim. n° 20 ; D. 2009. AJ. 432 ; AJ pénal 2009. 129[☞]) ; l'on peut imaginer, d'ailleurs, qu'elle aura de nouveau l'occasion de se prononcer car, d'une part, les procureurs généraux ont reçu des instructions pour veiller à la stricte application de la loi de 2007, d'autre part, ce texte ne rencontre pas toujours une adhésion sans réserve de la part de ceux qui sont chargés de l'appliquer (V. le rapport de MM. Geoffroy et Cresche, AN n° 1310 sur l'application de cette loi).

C - Les conditions de la détention

La matière ressortissant au panorama « Exécution des peines », l'on se contentera ici de quelques informations portant sur des éléments récents :

- Le contrôleur général des lieux de privation de liberté a rendu public son premier rapport d'activité le 8 avril 2009 (V. l'analyse de M. Senna, AJ pénal 2009. 218[☞]). Ce document fournit des données du plus grand intérêt sur la vie en milieu carcéral et ses principales difficultés... en attendant que la loi pénitentiaire y apporte des remèdes.

- Dans un arrêt du 9 juillet 2009 (**CEDH 9 juill. 2009, n° 39364/05**, D. 2009. Jur. 2462, note M. Herzog-Evans ; Gaz. Pal. 29 oct. 2009 et la note de notre collègue Renucci), la Cour européenne condamne la France sur la base de l'article 13 de la Convention qui prohibe les traitements inhumains ou dégradants : un détenu, au lourd passé judiciaire et classé « particulièrement surveillé » avait fait l'objet, durant plusieurs années, de transfèrements répétés, de placements en régime d'isolement prolongé, de fouilles corporelles intégrales et renouvelées. La Cour, qui rappelle les règles applicables à chacun de ces procédés, ne les fustige pas en eux-mêmes, mais condamne leur répétition ou leur fréquence durant un laps de temps relativement court (7 années).

- Le contrôle exercé par la juridiction administrative sur les décisions prises par les autorités compétentes se développe de manière régulière depuis l'arrêt *Marie*. L'une des dernières manifestations en est l'arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Paris du 22 mai 2008 par lequel elle décide que, à raison de ses effets, la décision d'inscription au répertoire des détenus particulièrement signalés est susceptible d'un recours pour excès de pouvoir (D 2009. Jur. 1188, note M^{me} Giacomelli[☞] ; *adde*, dans le même sens, à propos du maintien sur ce même fichier, TA Pau, 30 mars 2009, AJ pénal 2009. 237, obs. Péchillon[☞]).

D - La prescription des peines privatives de droit

La doctrine la plus autorisée avait toujours considéré que les peines qui frappent le délinquant dans l'exercice de ses droits ne peuvent se prescrire « puisqu'elles ne comportent pas d'exécution forcée sur la personne » (Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, 7^e éd., T. I, n° 881). D'où les regrets exprimés lorsque la Cour de cassation avait admis que la prescription s'applique à l'interdiction de séjour comme aux autres peines (Crim. 2 févr. 1983, D. 1983. Jur. 534, note J. M. R. ; Merle et Vitu, *op. cit. loc. cit.*). Ces regrets ne sont plus de mise : la chambre criminelle vient en effet de décider que la peine complémentaire d'interdiction définitive du territoire français n'est pas prescriptible puisque, s'agissant d'une peine privative de droit, elle n'exige aucun acte d'exécution (**Crim. 7 janv. 2009, n° 08-82.892**, Bull. crim. n° 7 ; D. 2009. AJ. 431 ; AJ pénal 2009. 305, obs. E. Hartmann[☞]).

E - Le cas particulier des personnes morales : la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 dite de simplification

Le principe de spécialité qui régissait la responsabilité des personnes morales a disparu depuis le 31 décembre 2005 (art. 54 de la loi du 9 mars 2004 modifiant l'art. 121-2 c. pén.). Dès lors, n'avaient plus lieu d'être les dispositions qui, dans le code pénal et hors du code pénal, édictaient, pour telle ou telle infraction, la responsabilité des personnes morales et prévoyaient des peines spécifiques. Ces dispositions ont donc disparu par l'effet de la loi du 12 6 mai dernier ; les textes incriminateurs se bornent désormais à énoncer que les personnes

morales, déclarées responsables dans les conditions prévues par l'article 121-2, encourent, soit l'amende prévue par l'article 131-38, soit cette amende et, également, les peines prévues par l'article 131-39 ou seulement certaines d'entre elles (c'est ainsi que la peine de la dissolution a provisoirement disparu dans le cas de l'escroquerie).



G. R. de B.

Deuxième partie : droit pénal spécial

I - Les atteintes aux personnes



A - Atteintes volontaires

1 - Violences volontaires ayant entraîné la mort : élément moral

L'article 222-7 du code pénal punit de quinze ans de réclusion criminelle les violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner. Pour être constitué, ce crime suppose l'absence de toute intention homicide et l'existence d'un lien de causalité entre les violences, qui doivent être volontaires, et le décès. C'est ce que rappelle la chambre criminelle de la Cour de cassation dans son arrêt du 18 novembre 2008 (**Crim. 18 nov. 2008, n° 08-81.672**, Bull. crim. n° 232 ; AJ pénal 2009. 35  ; Dr. pénal 2009. Comm. n° 1, 2^e esp., obs. Véron). En l'espèce, un gendarme, agissant sous l'effet de l'alcool et de produits stupéfiants, était à l'origine de la mort du passager d'une voiture volée en direction duquel il avait braqué son arme de service. Un coup de feu était parti. Le lien de causalité entre le coup de feu et le décès de la victime était certain. Pour écarter la qualification de coups mortels au profit de celle d'homicide involontaire, la cour de Saint Denis de la Réunion avait considéré qu'il n'était pas établi que la pression sur la queue de détente ait été volontaire et délibérée. La chambre criminelle rejette le pourvoi : en l'absence de volonté de causer des violences, c'est la qualification d'homicide involontaire qu'il faut retenir (rapp. Crim. 2 oct. 1996, n° 95-85.992, RSC 1997. 108, obs. Y. Mayaud .

T. G.

2 - Violences faites aux femmes

La mission parlementaire d'évaluation de la politique de prévention et de lutte contre les violences faites aux femmes a remis à l'Assemblée nationale, le 7 juillet 2009, son rapport d'information. Outre l'inscription dans la Constitution (rien moins !) d'une « *condamnation solennelle des violences faites aux femmes* » (mais pourquoi ne pas inscrire aussi la condamnation des violences contre les enfants, les personnes âgées ou même... les hommes ?), certaines des propositions formulées par la mission concernent directement le droit pénal. Il est, ainsi, proposé d'inscrire dans le code pénal un délit de violences psychologiques au sein du couple qui serait « *inspiré de la définition du harcèlement moral* ». La valeur ajoutée d'un tel texte apparaît bien faible dans la mesure où la jurisprudence sanctionne déjà, en tant que violences volontaires ou voies de fait, les violences morales (Crim. 6 févr. 2002, n° 01-82.645, D. 2002. Jur. 1510, note D. Mayer ). Quant à la référence au délit de harcèlement moral, elle n'est pas des plus heureuses tant cette qualification soulève des difficultés d'application (sur lesquelles, C. Katz, Le délit de harcèlement moral. Une incrimination nécessaire ? Une application problématique, AJ pénal 2005. 13 ). La mission souhaite, enfin, qu'un magistrat du parquet spécialisé dans le suivi des « *violences de genre* » soit désigné dans chaque tribunal de grande instance, afin de mieux coordonner l'action du parquet, du juge pénal, du juge des enfants et du juge aux affaires familiales. Faut-il donc créer un droit spécial des violences, mis en oeuvre par des magistrats spécialisés ? Tout l'inverse du droit commun !

T. G.



3 - Violences volontaires au sein du couple

La loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 a mis en place une série de mesures tendant à renforcer la prévention et la répression des violences au sein du couple, mesures qui s'avèrent nécessaires en raison de la recrudescence de ce type de violences. Parmi ces mesures

destinées à dissuader les auteurs potentiels de tels agissements ou à punir plus sévèrement ceux qui seraient passés à l'acte, l'une d'elles a consisté à introduire dans le livre premier du code pénal consacré aux dispositions générales un article 132-80. Cet article dispose, dans son alinéa premier, que « *dans les cas prévus par la loi, les peines encourues pour un crime ou un délit sont aggravées lorsque l'infraction est commise par le conjoint, le concubin ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité* » et précise, dans son alinéa second, que cette circonstance aggravante est également constituée lorsque les faits sont commis par l'ancien conjoint, l'ancien concubin ou l'ancien partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité à condition toutefois que l'infraction soit commise en raison des relations ayant existé entre l'auteur des faits et la victime.

Ce dispositif a apporté deux précisions intéressantes.

La première a permis de remédier à une insuffisance de la réglementation applicable avant l'entrée en vigueur de la loi précitée du 4 avril 2006. Les dispositions spécifiques de certaines infractions telles que les violences prévoyaient, en effet, que la qualité de conjoint ou de concubin de la victime constituait une circonstance aggravante mais ne faisaient nullement référence à celle de partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité (V. not., art. 222-8, 222-10, 222-12 et 222-13 c. pén.). Même si l'on pouvait soutenir que le « pacsé » tombait sous le coup de cette circonstance aggravante car il est assimilable à un concubin, le PACS et le concubinage s'adressant à des personnes de même sexe ou de sexes différents et reposant tous deux sur la notion de vie commune, il était anormal que la loi pénale ne se réfère pas expressément au PACS. On ne peut donc qu'approuver le législateur d'avoir visé la qualité de partenaire lié à la victime par un PACS dans l'article 132-80 précité et dans les dispositions propres à chaque infraction pour laquelle la loi prévoit cette cause d'aggravation de la peine.

La seconde précision traduit, quant à elle, le souhait du législateur de modifier le dispositif antérieur à la loi du 4 avril 2006. Par le passé, la loi ne se référant qu'à la qualité de conjoint ou de concubin de la victime en tant que circonstance aggravante de certaines infractions, il était, en effet, difficile d'y englober celle d'ex-conjoint, d'ex-concubin ou d'ex-pacsé sauf à violer le principe d'interprétation stricte de la loi pénale. C'est d'ailleurs dans ce sens que s'était prononcée la jurisprudence à propos de violences exercées par l'ex-concubin de la victime (V. not. Crim. 1^{er} févr. 2006, Dr. pénal 2006. Comm. n° 70, obs. M. Véron). Aujourd'hui cette question se présente différemment puisque l'article 132-80, alinéa 2, du code pénal vise la qualité d'ancien conjoint, d'ancien concubin et d'ancien partenaire comme cause d'aggravation de la sanction pénale. C'est cette disposition qui constitue le pivot de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 7 avril 2009 (**Crim. 7 avr. 2009, n° 08-87.480**, AJ pénal 2009. 313, obs. C. Duparc  ; RSC 2009. 593, obs. Y. Mayaud  ; Dalloz Actualité, 20 mai 2009, obs. A. Darsonville ; Dr. pénal 2009. Comm. n° 93). En l'espèce, le prévenu avait été condamné par les juges du premier degré pour violences aggravées en raison de l'usage d'une arme, d'une part, et de la qualité de concubin de la victime, d'autre part. Pour écarter l'application de la circonstance aggravante visée à l'article 222-13, 6°, du code pénal qui se réfère à la qualité de concubin, la cour d'appel a relevé que le couple était séparé lors de la commission de l'infraction et, pour écarter celle tenant à la qualité d'ancien concubin visée à l'article 132-80 du même code, elle a précisé que, compte tenu du délai écoulé depuis la séparation, il n'était pas établi avec certitude que les violences, commises à l'occasion de la remise au prévenu des enfants communs du couple et alors que la victime se plaignait du retard dans le paiement de la pension alimentaire, aient eu un lien avec l'ancienne relation de couple des intéressés. La Cour de cassation reproche aux juges du fond de s'être fondés sur des motifs erronés et empreints de contradiction et par voie de conséquence déclare leur décision non justifiée au regard de l'article 132-80 du code pénal.

C'est la première fois, semble-t-il, que la Cour de cassation se prononce sur la mise en oeuvre de l'article 132-80, alinéa 2, du code pénal que certains jugent inapplicables en matière de violences. Il a été, en effet, soutenu que les dispositions de cet article étant applicables uniquement dans les cas prévus par la loi et les textes incriminant les violences ne visant pas expressément la qualité d'ancien conjoint, d'ancien concubin ou d'ancien partenaire, cette qualité ne pourrait aggraver la sanction de l'auteur de violences (V. en ce sens, M.-F.







Vieville-Miravette, La circonstance aggravante d'« ex » en matière de violences au sein du couple, Dr. pénal 2009. Etudes n° 4).

S. M.

4 - Inceste : inscription au code pénal

L'Assemblée nationale (le 28 avr. 2009) et le Sénat (le 30 juin 2009) ont adopté la proposition déposée par le groupe UMP « *tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux* ». Outre des mesures d'information sur l'inceste et d'accompagnement des victimes d'infractions sexuelles, le texte contient plusieurs apports strictement juridiques.

D'une part, l'inceste n'est plus appréhendé, comme c'est le cas actuellement, comme une circonstance aggravante du crime de viol ou des agressions sexuelles. Il fait l'objet d'une incrimination autonome contenue au nouvel article 222-31-1 du code pénal : « *les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une soeur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* ». L'inceste est donc punissable en cas de viol ou d'atteinte sexuelle. Et, le domaine de l'incrimination quant aux personnes est particulièrement large puisque le Sénat a ajouté au texte, plus restrictif, de l'Assemblée nationale, la notion de personne ayant autorité sur la victime.

D'autre part, s'agissant de la contrainte, qui soulève tant de difficultés de preuve (par ex. Crim. 21 févr. 2007, pourvois n° 06-88.735 et n° 05-81.602, D. 2007. AJ. 1142, et Pan. 2632, et nos obs.  ; AJ pénal 2007. 181, obs. G. Royer  ; RSC 2008. 653, obs. J. Buisson  ; Dr. pénal 2007. Comm. n° 68, obs. Véron), l'article 222-22-1 nouveau prévoit que la contrainte, qui peut être physique ou morale, « *peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait [que l'auteur] exerce sur cette victime* ». Cette présomption de contrainte a déjà été admise par la Cour de cassation à raison du très jeune âge de la victime (Crim. 7 déc. 2005, Bull. crim. n° 326 ; D. 2006. AJ. 175, obs. Girault, et Pan. 1649, nos obs.  ; RSC 2006. 319, obs. Mayaud  ; AJ pénal 2006. 81, obs. C. Saas ).

Ensuite, et contrairement à ce qu'avait décidé l'Assemblée nationale, le *quantum* des peines n'est pas modifié. La proposition de loi adoptée par le Sénat renvoie au code pénal pour les sanctions en cas de viol (art. 222-24 c. pén.) ou d'atteintes sexuelles (art. 227-27 c. pén.) commis « *par un ascendant ou par toute personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* ». Pour autant, le texte nouveau prévoit que, lorsque l'auteur des faits exerce l'autorité parentale, la juridiction de jugement doit se prononcer sur le retrait total ou partiel de cette autorité, non seulement à l'égard de la victime, mais encore vis-à-vis des frères et soeurs de celle-ci (art. 222-31-2 c. pén. pour le viol et 227-27-3 pour les atteintes sexuelles). Lorsque l'inceste est qualifié de crime, le retrait de l'autorité parentale est prononcé par la cour d'assises, « *sans l'assistance des jurés* », ce qui n'est que très logique, puisqu'il s'agit d'une question de nature purement civile.

T. G.

5 - Expérimentation sur la personne humaine

L'article 223-8, alinéa 1^{er}, du code pénal punit de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche biomédicale sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et exprès de l'intéressé, des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur ou d'autres personnes, autorités ou organes désignés pour consentir à la recherche ou pour l'autoriser dans les cas prévus par les dispositions du code de la santé publique.

C'est le défaut de consentement libre, éclairé et exprès de la victime nécessaire à la

constitution de ce délit qui est au cœur de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 24 février 2009 (**Crim. 24 févr. 2009, n° 08-84.436**, D. 2009. Jur. 2087, note P.-J. Delage ; AJ pénal 2009. 227, obs. G. Royer ; RDSS 2009. 561, obs. D. Cristol ; JCP 2009. 2087, note P. Mistretta ; Dr. pénal 2009. Comm. n° 59, obs. M. Véron).

Les faits de l'espèce sont les suivants : un médecin du service des maladies infectieuses d'un établissement hospitalier administre à un patient souffrant d'un syndrome respiratoire aigu un nouveau produit, objet d'une étude destinée à comparer les effets de ce produit avec ceux d'un médicament de référence utilisé dans les cas de pneumonies aiguës. Après cinq jours de traitement, le patient quitte l'hôpital contre l'avis du corps médical. Il est, par la suite, soigné et guéri dans un autre établissement hospitalier de la pneumonie dont il souffrait. Quelque temps plus tard, il dépose plainte en qualité de victime d'une expérimentation pratiquée sur sa personne sans son consentement et déclenche ainsi des poursuites, sur le fondement de l'article 223-8 du code pénal, à l'encontre du médecin ayant pratiqué cette expérimentation. Ce dernier ne conteste pas lui avoir administré ce nouveau médicament mais prétend que le délit ne saurait être constitué car, avant de traiter le malade, il a recueilli son consentement libre, éclairé et exprès. Tel n'est pas l'avis de la cour d'appel qui retient, pour le déclarer coupable, qu'il a entrepris la recherche biomédicale sur le patient alors que celui-ci, arrivé dans le service depuis une heure environ, était très affaibli et manifestement dans l'impossibilité de donner un consentement libre, éclairé et exprès, lequel n'a été recueilli ni par écrit, ni d'une autre façon. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir statué ainsi.



Son arrêt mérite d'être cité car le contentieux est extrêmement rare en ce domaine. Il le mérite d'autant plus que c'est la première fois que la Cour de cassation se prononce sur une décision de condamnation sur le fondement de l'article 223-8 du code pénal.

S. M.




6 - Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse






Celui qui abuse frauduleusement de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'une personne pour la conduire à un acte ou une abstention qui lui sont gravement préjudiciables est passible des peines prévues à l'article 223-15-2 du code pénal. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 de tels agissements tombaient sous le coup de l'article 313-4 du code pénal, le délit d'abus de faiblesse étant classé parmi les infractions contre les biens et plus précisément parmi les infractions voisines de l'escroquerie. L'ancien article 313-4 du code pénal visait deux types de victimes : le mineur et la personne particulièrement vulnérable en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de faiblesse, l'état de vulnérabilité devant être apparent et connue de son auteur. La loi précitée du 12 juin 2001 a sorti ce délit du livre troisième du code pénal pour l'introduire dans le livre deuxième du même code consacré aux crimes et délits contre les personnes tout en reprenant l'ancienne formulation de l'incrimination mais en la complétant par certaines dispositions tendant à réprimer une forme de manipulation mentale susceptible de se rencontrer dans les sectes. Plutôt que d'ériger en délit autonome la manipulation mentale, le législateur a préféré rajouter une troisième catégorie de victimes de l'infraction d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse. Ainsi l'article 223-15-2 du code pénal vise aujourd'hui non seulement le mineur et la personne particulièrement vulnérable mais également la personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement. Il a aussi prévu une aggravation des peines lorsque l'infraction est commise par le dirigeant de fait ou de droit d'un groupement qui poursuit des activités ayant pour but ou pour effet de créer, de maintenir ou d'exploiter la sujétion psychologique ou physique des personnes qui participent à ces activités.

C'est au regard de la qualité de victime que l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 26 mai 2009 est intéressant car il apporte une précision importante s'agissant de l'appréciation de l'état de particulière vulnérabilité requis chez certaines victimes des agissements délictueux (**Crim. 26 mai 2009, n° 08-85.601**, D. 2009. AJ. 1830, obs. A. Darsonville, et Chron. C.

cass. 1714, spéc. 1720, obs. P. Chaumont et E. Degorce ; AJ fam. 2009. 405, obs. V. Avena-Robardet  ; RSC 2009. 594, obs. Y. Mayaud ). En l'espèce, Claire Z. a été poursuivie sur le fondement de l'article 223-15-2 du code pénal pour avoir frauduleusement abusé de l'état de faiblesse de Xavier X. afin de se faire remettre des chèques d'un montant total de cent vingt mille euros et pour obtenir qu'il se marie avec elle. Après avoir été condamnée en première instance, elle a été relaxée par la cour d'appel. Celle-ci a estimé le délit d'abus de faiblesse non constitué à défaut d'élément intentionnel car, d'une part, la libéralité consentie au moyen de la remise de chèques correspondait à la volonté affirmée par Xavier X. avant sa maladie de pourvoir aux besoins de la prévenue et parce que, d'autre part, il avait bien avant sa maladie exprimé le souhait d'épouser Claire Z. La Cour de cassation condamne ce raisonnement au motif que l'abus de faiblesse doit s'apprécier au regard de l'état de particulière vulnérabilité au moment où est accompli l'acte gravement préjudiciable à la personne. Comme en matière civile on apprécie la liberté du consentement au moment où il est émis, en droit pénal on apprécie la situation de vulnérabilité au moment de l'accomplissement de l'acte préjudiciable. Il est d'ailleurs permis de se demander si l'état de particulière vulnérabilité de celui qui a consenti à un acte qui lui est gravement préjudiciable ne présume pas l'absence de liberté du consentement. Quoiqu'il en soit, la position adoptée par la Cour de cassation révèle sa volonté ferme de ne pas laisser impunis ceux qui abuseraient de la faiblesse d'autrui et donc d'assurer une protection maximale des personnes en état de faiblesse, quitte à aller à l'encontre de la volonté émise par elles avant de devenir vulnérables.

Traduit cette même volonté la manière dont elle interprète l'exigence posée par la loi d'un acte gravement préjudiciable à la victime de l'abus frauduleux.

Dans un arrêt du 12 janvier 2000 rendu sous l'empire de l'ancien article 314 du code pénal, la Cour de cassation a précisé que, si cet article prévoit que l'acte obtenu de la victime doit être de nature à lui causer un grave préjudice, il n'exige pas que cet acte soit valable ni que le dommage se soit réalisé, ce qui lui a permis de faire entrer dans le champ de l'incrimination le fait pour un médecin d'avoir obtenu de l'un de ses patients la signature d'un acte de vente, sous condition suspensive, d'un terrain à un prix anormalement bas alors même que la réalisation de cette vente ne s'était jamais produite (Crim. 12 janv. 2000, Bull. crim. n° 15 ; D. 2001. Jur. 813, note J.-Y. Maréchal  ; RSC 2000. 614, obs. R. Ottenhof  ; RTD com. 2000. 741, obs. B. Bouloc  ; Dr. pénal 2000. Comm. n° 69, obs. M. Véron). Ainsi a-t-elle réduit la portée de l'exigence légale du préjudice puisqu'elle s'est contentée d'un acte préjudiciable par nature indépendamment de la production d'un dommage.

Elle est ensuite allée encore plus loin lorsque lui ont été soumises des espèces dans lesquelles les prévenus avaient abusé de la faiblesse ou de la vulnérabilité de certaines personnes afin que ces dernières les instituent légataires. Dans une décision du 15 novembre 2005 la Cour de cassation a déclaré que, pour une personne vulnérable, l'acte de disposer de ses biens par testament en faveur de la personne qui l'a obligée à cette disposition constitue un acte gravement préjudiciable au sens tant de l'article 313-4 ancien que de l'article 223-15-2 nouveau du code pénal, position qu'elle vient de réaffirmer s'agissant de l'application de ce dernier texte dans un arrêt du 21 octobre 2008 (Crim. 15 nov. 2005, RSC 2006. 833, obs. R. Ottenhof  ; Dr. pénal 2006. Comm. n° 29, obs. M. Véron ; JCP 2006. II. 10057, note J.-Y. Maréchal ; 21 oct. 2008, D. 2009. Jur. 911, note G. Roujou de Boubée  ; AJ pénal 2009. 30, obs. J. Lasserre Capdeville  ; RSC 2009. 100, obs. Y. Mayaud  ; RTD civ. 2009. 298, obs. J. Hauser  ; Dalloz Actualité, 19 nov. 2008, obs. A. Darsonville ; Dr. pénal 2009. Comm. n° 12, obs. M. Véron). Cette jurisprudence réduit encore plus que la décision précitée du 12 janvier 2000 la portée de l'exigence légale du préjudice car si l'on pouvait admettre la qualification d'acte préjudiciable dans le cas de la vente à vil prix indépendamment de la réalisation du préjudice, il est plus difficile d'admettre une telle qualification pour l'acte de disposer de ses biens par voie testamentaire puisque le testament est librement révocable et qu'il ne produit effet qu'au décès du testateur.

A l'appui de la position adoptée par la Cour de cassation on peut certes invoquer l'autonomie du droit pénal ou la dimension personnelle du délit d'abus de faiblesse, il n'en demeure pas moins que cette solution serait « mieux assise si le législateur voulait bien réécrire l'article

223-15-2 du code pénal et y supprimer l'exigence du préjudice » (G. Roujou de Boubée note ss. Crim. 21 oct. 2008, préc.).

S. M.

B - Atteintes involontaires

Homicide involontaire : variations sur le lien de causalité

L'appréciation du lien de causalité n'en finit pas de soulever des hésitations chez les juges du fond. Chacun sait qu'en matière d'atteinte involontaire à la vie ou à l'intégrité, l'article 121-3 du code pénal, auquel renvoient les articles 221-6 et 222-19 du même code, distingue l'auteur direct de l'infraction d'imprudence, dont la responsabilité peut être engagée par une simple faute d'imprudence, de l'auteur indirect, dont la responsabilité suppose « *la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* » (art. 121-3, al. 4, c. pén.), ou bien « *une faute caractérisée [...] qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité* » (même art.).

S'agissant de la causalité directe, la tendance à l'élargissement, déjà remarquée dans d'autres affaires (par ex. Crim. 1^{er} avr. 2008, n° 06-88.948, D. 2008. AJ. 1404, obs. A. Darsonville, et 2009. Pan. 123, et nos obs. ☞ ; AJ pénal 2008. 326, obs. M.-E. C. ☞ ; RSC 2009. 109, obs. C. Ambroise-Castérot ☞ ; Dr. pénal 2008. Comm. n° 110, obs. Véron), est confirmée par l'arrêt rendu par la chambre criminelle le 10 février 2009 (**Crim. 10 févr. 2009, n° 08-80.679**, AJ pénal 2009. 224, obs. J.-R. Demarchi ☞ ; RSC 2009. 371, obs. Y. Mayaud ☞ ; RDSS 2009. 697, obs. M. Guigue et M. Touillier ☞ ; JCP 2009. II. 10069, note F. Desprez ; Dr. pénal 2009. Comm. n° 60, obs. Véron). En l'espèce, après le décès d'une patiente lors d'une coelioscopie pratiquée par un gynécologue, l'information démontre que la mort est due à une plaie de l'aorte provoquée par une incision pratiquée par une interne qui assistait le gynécologue. L'interne est renvoyée devant le tribunal correctionnel pour avoir directement causé la mort de la patiente. Quant au gynécologue, il est renvoyé devant la même juridiction, pour avoir commis une faute caractérisée ayant indirectement causé la mort de la patiente. Le tribunal correctionnel relaxe l'interne mais condamne le gynécologue pour homicide involontaire. Sa décision est réformée par la cour d'appel de Versailles qui relaxe le gynécologue pour absence de faute, au motif que la cause du décès réside dans une complication exceptionnelle qui n'apparaît pas dans la littérature médicale consacrée aux complications et accidents de coelioscopie. Elle en déduit que le retard de diagnostic « *ne peut être considéré comme fautif au regard des données de la connaissance médicale* ». Devant la Cour de cassation, les parties civiles soutenaient que plusieurs fautes pouvaient être reprochées au médecin (défaut de surveillance de l'incision pratiquée par l'interne, retard de diagnostic de l'hémorragie) qui avaient directement causé la mort de la patiente. La chambre criminelle retient cette analyse : elle casse l'arrêt d'appel pour n'avoir pas recherché si le prévenu, « *auquel il incombait de contrôler l'acte pratiqué par l'interne* » n'avait pas commis une faute « *entretenant un lien direct de causalité* » avec la mort de la patiente. Cet arrêt appelle plusieurs observations.

D'une part, la mise hors de cause de l'interne, pour choquante qu'elle puisse paraître dans une approche de causalité adéquate, est légalement justifiée puisque le code de la santé publique prévoit expressément que l'interne en médecine exerce ses fonctions « *par délégation et sous la responsabilité du praticien dont il relève* » (art. R. 6153-3, al. 1, CSP). Un médecin peut donc parfaitement être condamné pour le fait de son interne (V. les obs. de M. Véron, préc. ; R. Rialland, L'interne en médecine face à sa responsabilité pénale, Gaz. Pal. 4 et 5 sept. 2009, p. 22).

D'autre part, s'agissant du gynécologue, la Cour de cassation semble considérer que le défaut de contrôle qui lui est reproché a un lien direct avec la mort de la patiente et que, dans ce cas, une faute même légère suffit à entraîner la responsabilité pénale du médecin. La solution nous paraît bien sévère dans la mesure où le médecin semblait n'être qu'un auteur indirect. Le défaut de surveillance qui lui est reproché a seulement permis à l'interne d'effectuer un acte dommageable pour l'intégrité de la patiente ; le médecin a, seulement, contribué à créer la situation qui a permis la survenance du dommage dont l'auteur direct est l'interne. Quant à

la portée de l'arrêt commenté, peut-être s'agit-il d'un arrêt d'espèce : n'est-ce pas parce que l'interne était, juridiquement, irresponsable que la causalité directe du médecin a été retenue ?

S'agissant de la causalité indirecte, l'arrêt rendu par la chambre criminelle le 18 novembre 2008 (**Crim. 18 nov. 2008, n° 08-81.361**, Bull. crim. n° 233 ; D. 2009. Jur. 1320, note Y. Joseph-Ratineau et Pan 2448, obs. F. G. Trébulle ; AJ pénal 2009. 78, obs. M.-E. C. ; RSC 2009. 94, obs. Y. Mayaud ; Dr. pénal 2009. Comm. n° 18, obs. Véron) apporte une contribution importante à la notion de faute caractérisée. En l'espèce, une explosion due au gaz avait détruit en partie un immeuble d'habitation, causant la mort de plusieurs personnes et en blessant de nombreuses autres. La locataire de l'appartement dans lequel la fuite de gaz s'était produite et deux agents de Gaz de France étaient poursuivis pour homicide et blessures involontaires.

Pour condamner la locataire, la cour d'appel avait considéré qu'elle avait commis plusieurs fautes d'imprudence : n'avoir pas fait vérifier la conformité de son installation de gaz, avoir fait réaliser des travaux dans ladite installation par un non-professionnel, s'être absentée pour une longue période sans avoir fermé le robinet d'arrivée du gaz. Cette analyse était discutable dans la mesure où la locataire n'était pas l'auteur direct du dommage ; elle avait seulement contribué à créer la situation dont le dommage est résulté. Des fautes d'imprudence simple étaient donc insuffisantes à engager sa responsabilité pénale. Pour autant, la chambre criminelle rejette le pourvoi : une accumulation de fautes simples constitue une faute caractérisée (comp., dans l'affaire dite *de l'hormone de croissance* : TGI Paris, 14 janv. 2009, D. 2009. Jur. 1459, note CEERDS Montpellier).

S'agissant des employés de GDF, eux aussi auteurs indirects, la chambre criminelle approuve l'arrêt d'appel d'avoir retenu à leur encontre une faute caractérisée. Il était, en effet, établi qu'après avoir détecté l'odeur de gaz, les deux employés s'étaient contentés d'une vérification rapide des colonnes de gaz sans chercher à localiser précisément la fuite. Cette faute, unique mais d'une particulière gravité, suffisait à les condamner.

Qu'il soit direct ou indirect, le lien de causalité doit obligatoirement être certain.

C'est ce que rappelle l'arrêt rendu par la chambre criminelle le 18 novembre 2008 (**Crim. 18 nov. 2008, n° 08-81.672**, Bull. crim. 2008, n° 232 ; AJ pénal 2009. 35 ; Dr. pénal 2009. Comm. n° 18, 2^e esp., obs. Véron). A la suite du crash d'un avion de tourisme, l'enquête permit d'établir que l'accident était imputable à un accident antérieur, dissimulé par l'ancien propriétaire lors de la vente de l'avion, et qui avait grandement fragilisé le moteur de l'appareil. En raison de ce premier accident, une vérification approfondie de tous les organes de l'appareil aurait dû être réalisée, ce qui n'avait pas été fait. Entre-temps, l'avion avait été vendu à plusieurs reprises. Pour condamner le chef-pilote et dirigeant de fait de l'association propriétaire de l'avion à l'époque du premier accident, la cour d'appel avait considéré « *que, bien que le dommage se soit produit plus de cinq ans après la vente de l'avion par l'association Albatros air club, la situation de danger était effective dès le manquement imputé au prévenu* ». La chambre criminelle rejette le pourvoi au motif que le prévenu n'a pas accompli les diligences normales qui lui incombent, « *compte tenu de la nature de ses fonctions ainsi que des moyens à sa disposition* », ce qui a contribué à créer la situation ayant permis la réalisation du dommage. Dès lors qu'il est certain, le lien de causalité, établi en l'espèce par les expertises judiciaires, ne disparaît pas par l'écoulement du temps. Reste une interrogation : comment concilier cette jurisprudence avec la prescription de l'action publique ? L'enquête a bien été diligentée dans les trois ans de l'accident. Mais elle conduit à la condamnation de l'auteur d'une faute d'imprudence commise plus de cinq ans avant les faits. N'y a-t-il pas là une difficulté ?






T. G.


II - Les atteintes aux biens

A - Escroquerie

L'escroquerie à l'assurance a soulevé une controverse s'agissant de la détermination du

moment précis à partir duquel l'auteur des agissements délictueux peut être condamné au titre de la tentative. Cette controverse porte sur le point de savoir si la fausse déclaration de sinistre suffit à constituer le commencement d'exécution exigé dans le cadre de la tentative punissable ou si elle ne peut valoir qu'acte préparatoire, une demande d'indemnisation étant nécessaire pour passer au stade ultérieur de l'*iter criminis*.

La Cour de cassation a, dans un premier temps, jugé qu'il ne pouvait y avoir tentative punissable lorsque l'agent n'avait pas accompagné sa fausse déclaration d'une demande d'indemnisation (V. not. Crim. 27 mai 1959, Bull. crim. n° 283 ; D. 1959. Somm. 107 ; RSC 1959. 841, obs. A. Legal). Après quelques hésitations, elle s'est, dans un second temps, ralliée à la thèse selon laquelle la tentative est punissable dès l'accomplissement de la déclaration de sinistre à partir du moment où le déclarant a conscience de provoquer l'application du contrat et de déterminer la garantie de l'assureur, ce qui augmente sensiblement le champ de la répression (V. not. Crim. 6 avr. 1994, D. 1994. IR. 146  ; RSC 1994. 760, obs. B. Bouloc  ; Dr. pénal 1994. Comm. n° 158, obs. M. Véron ; 1^{er} juin 1994, RSC 1995. 102, obs. R. Ottenhof  ; Dr. pénal 1994. Comm. n° 234, obs. M. Véron ; 22 févr. 1996, D. 1996. IR. 153  ; RSC 1996. 846, obs. B. Bouloc  ; 8 sept. 2004, Dr. pénal 2005. Comm. n° 13, obs. M. Véron).



L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 17 décembre 2008 révèle sa volonté de ne pas aller au-delà de la position qu'elle adopte actuellement, c'est-à-dire de ne pas procéder à une nouvelle extension du domaine de la répression (**Crim. 17 déc. 2008, n° 08-82.085**, Bull. crim. n° 259 ; D. 2009. Jur. 1796, note A. Prothais ; AJ pénal 2009. 130, obs. J. Lasserre Capdeville  ; Dr. pénal 2009. Comm. n° 35, obs. M. Véron).

L'hypothèse envisagée est simple : confronté à des difficultés financières et ne parvenant pas à vendre son véhicule au prix qu'il souhaite, le propriétaire demande à un ami d'y mettre le feu. Après l'incendie de la voiture, il dépose plainte pour vol mais il est immédiatement confondu par des témoignages et avoue être l'instigateur de cet incendie. Considérant qu'il a agi ainsi afin d'obtenir le remboursement du véhicule par son assureur, la cour d'appel de Paris le déclare coupable de tentative d'escroquerie. Cette décision est cassée au motif que la destruction d'un véhicule et la plainte pour vol ne constituent que des actes préparatoires qui ne sauraient, en l'absence de déclaration de sinistre, ce qui était le cas en l'espèce, constituer un commencement d'exécution justifiant une condamnation pour tentative d'escroquerie.

La position de la Cour de cassation est claire. En l'absence de déclaration de sinistre, il ne peut y avoir tentative d'escroquerie à l'assurance. Cette solution doit être approuvée, car, s'il est possible d'admettre que la fausse déclaration de sinistre équivaut à un commencement d'exécution parce qu'elle sous-entend la volonté de son auteur d'être indemnisé, on ne peut, sauf à redéfinir la tentative, considérer la destruction d'un véhicule et le dépôt de plainte pour vol de ce véhicule comme des actes tendant directement au délit d'escroquerie avec intention de le commettre.

S. M.

B - Abus de confiance

Ni le vol, ni l'escroquerie, ni l'abus de confiance ne peuvent porter sur un immeuble et, seul, le titre consacrant la propriété peut, éventuellement, faire l'objet d'une appropriation frauduleuse. Ainsi, l'utilisation abusive d'un bien immobilier ou de droits réels portant sur un immeuble ne saurait être qualifiée d'abus de confiance (**Crim. 14 janv. 2009, n° 08-83.707**, D. 2009. Pan. 1723, obs. C. Mascala  ; RDI 2009. 425, obs. G. Roujou de Boubée ). Cette solution était admise sans discussion sous l'empire du code pénal de 1810 ; elle est, tout naturellement conservée sous l'empire du code actuel. S'agissant, toutefois, de l'escroquerie et, surtout de l'abus de confiance, les articles 313-1 et 314-1 visent comme objets possibles « un bien quelconque ». Cette formule ne pourrait-elle s'entendre comme désignant également les immeubles ? Non, pour deux raisons : d'une part, il est difficile, à propos d'immeubles, de concevoir une remise analogue à celle qui s'opère sur des meubles ; d'autre part, vol, escroquerie et abus de confiance sont, selon les termes mêmes du code

pénal, des « appropriations frauduleuses » et l'on voit mal comment ils pourraient être les instruments de l'appropriation d'un immeuble (V. en ce sens, les obs. de notre collègue Bouloc *in* Roujou de Boubée, Bouloc, Francillon et Mayaud, Code pénal commenté, Dalloz, 1996, p. 550).

G. R. de B.

C - Téléchargement illicite sur internet

La réponse à ce fléau du droit de la propriété littéraire et artistique est bien difficile à trouver.

En législation, la riposte graduée imaginée par le législateur n'en finit pas de voir son application différée. Après la censure de la loi dite HADOPI 1 par le Conseil constitutionnel le 10 juin 2009 (J. Francillon, Heur et malheur de la loi Création et Internet : la loi HADOPI censurée par le Conseil constitutionnel. Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, censurant partiellement la loi du 12 juin 2009, JO n° 135 du 13 juin 2009, RSC 2009. 609 ; M. Verpeaux, La censure de la loi Hadopi 1 par le Conseil constitutionnel, JCP 2009. 274), le parlement a définitivement adopté, le **24 septembre 2009, le projet de loi HADOPI 2**. Ce texte, qui tire les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel, confie à l'autorité judiciaire, et non plus à une autorité administrative, la possibilité de suspendre, pour une durée d'un an au plus, la connexion internet de l'auteur de l'infraction de téléchargement illégal reconnu coupable du délit de contrefaçon. Il prévoit également le recours à la procédure simplifiée de l'ordonnance pénale. Or, cette modalité vient d'être à son tour censurée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 22 octobre 2009 (n° 2009-590 DC)... Pour le reste, la suspension de la connexion internet devrait prochainement entrer en vigueur. On notera que les articles 7 et 8 de la loi HADOPI 2, devenue la loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009, qui n'ont pas été déférés au Conseil constitutionnel, contiennent des dispositions pénales : l'absence de mise en oeuvre, par un fournisseur d'accès, d'une peine de suspension d'abonnement est punie d'une amende maximale de 5 000 € (art. 7 du texte) ; la souscription, par l'internaute indélicat, d'un nouvel abonnement pendant la période de suspension est punie d'une amende de 3 750 € (art. 8 du texte) ; ce même article 8 institue une sanction en cas de « *négligence caractérisée* » de la part du titulaire d'un accès à internet qui laisse commettre par autrui des téléchargements illégaux au moyen de son accès. Autant de dispositions dont l'imprécision ne manquera pas de susciter bien des décisions de jurisprudence...

En jurisprudence, le 13 janvier 2009, la chambre criminelle a rendu un arrêt à la fois attendu et remarqué (**Crim. 13 janv. 2009, n° 08-84.088**, D. 2009. AJ. 497, obs. J. Daleau ; Dr. pénal 2009. Etude n° 10, L. Flament ; CCE 2009. Comm. n° 31, obs. C. Caron) dont il résulte que le numéro d'adresse IP, qui permet d'identifier chaque ordinateur connecté à internet, n'est pas une donnée à caractère personnel. Dans cette affaire, un internaute avait téléchargé environ 2 800 oeuvres musicales. Son adresse IP ayant été relevée par des agents assermentés, la SACEM a porté plainte auprès des services de gendarmerie qui, en s'adressant au fournisseur d'accès, ont pu identifier le contrefacteur présumé. Celui-ci fut condamné par le tribunal correctionnel de Rennes. En appel, il soulevait la nullité du procès-verbal établi par les agents de la SACEM au motif que le recueil de l'adresse IP constituait un traitement de données à caractère personnel qui aurait dû être autorisé par la CNIL. La cour de Rennes ayant fait droit à sa demande, la SACEM soutenait, devant la Cour de cassation, que l'adresse IP n'est pas une donnée à caractère personnel dans la mesure où elle ne permet d'identifier qu'un ordinateur, l'identité de l'internaute ne pouvant être obtenue du fournisseur d'accès que par l'autorité judiciaire. La chambre criminelle ne répond pas expressément à cette question, ce qui autorisera encore bien des débats dans l'avenir... Cela dit, nul ne soutient, à notre connaissance, que la plaque minéralogique d'un véhicule soit une donnée à caractère personnel. Pourquoi en décider autrement pour le numéro d'identification d'un ordinateur ? Pour censurer l'arrêt d'appel, la chambre criminelle se fonde sur les conditions dans lesquelles l'adresse IP avait été recueillie. Ce recueil ayant été effectué manuellement « *sans recourir à un traitement préalable de surveillance automatisé* », il ne nécessitait pas une autorisation de la CNIL. La solution a sans doute le mérite de la simplicité ; on peut regretter que la haute juridiction n'ait pas saisi l'occasion de se prononcer sur la

nature personnelle ou non de l'adresse IP.

T. G.

III - Les infractions contre la nation, l'Etat ou la paix publique

Dissimulation illicite du visage

De l'identité virtuelle à l'identité véritable, il n'y a qu'un pas... Le **décret n° 2009-724 du 19 juin 2009**, relatif « à l'incrimination de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique » (F. Defferrard, *Requiem* pour un « capuchard », D. 2009. Point de vue 2225), validé par le Conseil d'Etat (CE 28 juill. 2009, n° 329991 et n° 329992), ajoute au code pénal un article R. 645-14 qui punit de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe « *le fait pour une personne, au sein ou aux abords immédiats d'une manifestation sur la voie publique, de dissimuler volontairement son visage afin de ne pas être identifiée dans des circonstances faisant craindre des atteintes à l'ordre public* ». Le texte tire son origine des manifestations violentes sur la voie publique qui ont eu lieu le 4 avril 2009 à Strasbourg, en marge du sommet de l'OTAN (Le Figaro, 5 avr. 2009). Des personnes masquées avaient incendié plusieurs bâtiments publics et une cinquantaine de personnes avaient été blessées. On comprend que le Gouvernement ait souhaité réagir pour faire respecter l'ordre public. Pour autant, la mise en oeuvre du texte nouveau risque de s'avérer bien délicate.

D'une part, la dissimulation n'est punissable que si elle intervient au sein ou aux abords d'une manifestation sur la voie publique, et afin de ne pas être identifié. Il y a là un dol spécial qui ne manquera pas de soulever des difficultés de preuve.

D'autre part, quand bien même l'infraction serait constituée, il s'agit d'une simple contravention qui ne permet pas la garde à vue ou une autre mesure de contrainte. Les forces de l'ordre ne pourront donc que contrôler ou vérifier l'identité des contrevenants et procéder à leur audition, dresser un procès-verbal de leurs constatations et appeler la permanence du parquet pour décision sur les suites à donner...

Enfin, le texte prévoit deux faits justificatifs tellement larges qu'ils risquent de paralyser toute poursuite. Sont justifiées les manifestations masquées qui sont « *conformes aux usages locaux* » (excepté les carnivals, on a bien du mal à voir à quoi correspond cette exception) et la dissimulation du visage « *justifiée par un motif légitime* ». Le terme est on ne peut plus vague... Il est rare que la législation émotionnelle fournisse de bons textes. D'ailleurs, la proposition de loi relative à la lutte contre les violences de groupes, actuellement en discussion au Sénat, fait de la dissimulation volontaire du visage une circonstance aggravante de certaines violences (texte n° 506 rectifié [2008-2009] transmis au Sénat le 1^{er} juill. 2009, art. 3 ; V., sur ce texte, R. Parizot, L'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes du droit pénal, D. 2009. Chron. 2701).

T. G.

IV - Les délits en matière de presse

Liberté d'expression ou contestation de crime contre l'humanité ?

L'arrêt rendu par la chambre criminelle le 23 juin 2009 (**Crim. 23 juin 2009, n° 08-82.521**, D. 2009. AJ. 1976 ; AJ pénal 2009. 409, obs. G. Royer ; Dr. pénal 2009. Comm. n° 119, obs. Véron) ne manquera pas de susciter des commentaires contrastés. Il casse un arrêt de la cour de Lyon qui avait condamné un membre du front national pour contestation de crime contre l'humanité. L'article 24 bis de la loi du 28 juillet 1881 sur la presse punit le fait de contester « *l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale* ». En l'espèce, il était reproché au prévenu

d'avoir, au cours d'une conférence de presse, tenu les propos suivants : « *Il n'y a aucun historien sérieux qui adhère intégralement aux conclusions du procès de Nuremberg, je pense, que sur le drame concentrationnaire, la discussion doit rester libre. Sur le nombre de morts, sur la façon dont les gens sont morts, les historiens ont le droit d'en discuter. L'existence des chambres à gaz, c'est aux historiens d'en discuter. [...] Cela ne fait pas de moi l'apologiste des crimes indiscutables commis par le National-socialisme au cours de la Seconde Guerre mondiale, régime pour lequel ni moi ni mes amis n'avons eu jamais la moindre sympathie. Le nombre effectif de morts, les historiens peuvent en discuter. Je ne remets pas en cause l'existence des camps de concentration, il y a eu des déportations pour des raisons raciales, sans doute des centaines de milliers ou millions de personnes exterminées. Le nombre effectif des morts, cinquante ans après les faits, les historiens pourraient en discuter. Moi, je ne nie pas les chambres à gaz homicides mais la discussion doit rester libre. L'existence des chambres à gaz c'est aux historiens d'en discuter* ». Le prévenu soutenait qu'à aucun moment il n'avait contesté l'existence des crimes du régime nazi, mais qu'il entendait seulement rappeler que le débat des historiens doit rester libre sur ces questions, ô combien, sensibles. La chambre criminelle retient cette analyse. Après avoir réaffirmé qu'il lui appartient de contrôler la mise en oeuvre de la qualification de contestation de crime contre l'humanité, elle relève que les propos retenus dans la citation directe du parquet « *ne permettent pas de caractériser à la charge du prévenu le délit* » poursuivi. Le délit de contestation de crime contre l'humanité portant atteinte à la liberté d'expression, cette solution, qui procède de l'interprétation stricte de la loi pénale (en ce sens, M. Véron, obs. préc.), nous paraît digne d'approbation.

T. G.

Mots clés :

RESPONSABILITE PENALE * Panorama 2009