



DE
JURISPRUDENCE
D'AQUITAINE
ET
MIDI-PYRÉNÉES

Université de Bordeaux
Institut d'Etudes
Juridiques

Université
de Pau et des pays de l'Adour
Observatoire de Jurisprudence
de Cours de Recherche
et d'Analyse Juridiques

Université
de Toulouse I Capitole
Institut de Droit Privé

LA LETTRE DES CAHIERS

Analyses universitaires à partir des décisions rendues par les Cours d'appel
d'Agen, de Bordeaux, de Pau et de Toulouse

Sommaire

Edito, par M.
BRUGGEMAN.....1

« Point sur »

La réforme du
cautionnement. 2- Effets et
extinction du cautionnement,
par P.-Y. ARDOY.....3

« Actualité »

Accès des femmes au pouvoir
judiciaire : origines et
évolution, par J.
BARSALI.....8

La légalité du commerce de
CBD face à la pratique de la
procédure pénale, par T.
MAUGARD.....14

Les procès filmés : l'évolution
du droit, par C. CLAVERIE-
ROUSSET.....22

Edito

« Mieux vaut tard que jamais... » dit le proverbe.

Certains penseront, non sans raison, que débiter ainsi « l'édito » d'une *Lettre* dont la parution a sensiblement tardé est une pirouette facile, trop facile... Notre *Lettre* a en effet plusieurs semaines de retard et nous vous prions sincèrement de nous en excuser.

Cela nous a empêchés de vous rendre compte, en temps et en heure, des nombreuses annonces de rentrée du ministre de la justice, Monsieur Dupond-Moretti : lancement de la politique de l'amiable (13 janvier 2023) et d'un plan de transformation numérique (14 février 2023) ; annonce de renforts conséquents pour les tribunaux (27 février 2023) et, d'abord, du plan d'action pour la justice, issu de ses Etats généraux (<http://www.presse.justice.gouv.fr/communiques-de-presse-10095/conference-de-presse-etats-generaux-de-la-justice-34703.html>). Autant de réformes dont les acteurs de la justice - magistrats, greffiers, experts judiciaires, avocats et autres auxiliaires de justice – et bien entendu les justiciables attendent aujourd'hui beaucoup. Les juridictions du fond souffrent, on le sait, depuis de nombreuses années de conditions de fonctionnement dégradées : manque de magistrats et de personnels, équipements informatiques obsolètes, avec en parallèle des exigences renforcées de célérité et d'efficacité... A cet égard, la situation semble atteindre une gravité inégalée à Toulouse où, pour frapper les esprits et dénoncer le manque de moyens humains et matériels, le Barreau a organisé un procès fictif « Tentative de meurtre de la justice » (<https://www.avocats-toulouse.com/fr/gp>). « Mieux vaut tard que jamais » diront peut-être les acteurs épuisés de la justice du quotidien...

La dégradation des conditions de fonctionnement de la justice nous avons nous-mêmes pu en être les témoins impuissants au cours des dernières années. Ses

conséquences se sont fait sentir jusque dans le travail d'analyse que nous menons, autrefois dans les Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine et Midi-Pyrénées, aujourd'hui dans cette version numérique. Ce travail dépend en effet entièrement de l'accès à la jurisprudence des Cours d'appel d'Agen, Bordeaux, Toulouse et de Pau. Nous remercions à cet égard les éditeurs privés qui nous permettent depuis plus de vingt ans d'avoir connaissance de l'essentiel des décisions rendues ; mais nous remercions aussi les services de greffe qui ont pu à de nombreuses reprises répondre à nos besoins ponctuels sans que cela entre dans leurs attributions. Récemment, nous avons salué dans ces lignes, l'annonce de l'arrivée prochaine de l'*open data* (lien [http](https://opendata.justice-administrative.fr/) vers la lettre des Cahiers 2) : déjà effectif depuis juin dernier pour la justice administrative (<https://opendata.justice-administrative.fr/>), il se fait malheureusement attendre pour l'ordre judiciaire. « Mieux vaut tard que jamais... » nous réjouissons-nous peut-être lorsqu'il sera enfin généralisé. Il n'est cependant pas certain qu'il nous permette d'accéder aux arrêts rendus en droit des personnes, en droit extrapatrimonial de la famille, en droit pénal, ou encore en procédure pénale, faute de système d'anonymisation efficace, garantissant la préservation du droit au respect de la vie privée des parties. Or, sans accès à cette jurisprudence, c'est la réalité pratique, le droit tel qu'il est vécu et appliqué, qui nous demeure, dans ces domaines essentiels, inconnu.

En cette fin d'hiver, la bienséance nous interdit de vous adresser nos vœux pour la nouvelle année... mais il n'est jamais trop tard pour vous souhaiter un beau printemps, dans l'attente de la parution de la prochaine *Lettre*, à la fin de l'été... Ou peut-être à l'automne, car après tout ! : « Mieux vaut tard que jamais ! »

Maryline BRUGGEMAN



Cette lettre a été préparée par :

Pierre-Yves Ardoy, Université de Pau et des Pays de l'Adour, <https://iftj.univ-pau.fr/fr/organisation/membres/l-equipe.html>

Evelyne Bonis, Université de Bordeaux, <https://iscj.u-bordeaux.fr/Equipe>

Maryline Bruggeman, Université Toulouse 1 Capitole, <https://idprive.ut-capitole.fr/>

Charlotte Claverie-Rousset, Université de Bordeaux, <https://iscj.u-bordeaux.fr/Equipe>

Arnaud Lecourt, Université de Pau et des Pays de l'Adour, <https://tree.univ-pau.fr/fr/organisation/membres/cv-lecourt-fr.html>



La réforme du cautionnement

2- Effets et extinction du cautionnement

Par Pierre-Yves ARDOY

Maître de conférences en droit privé à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Unité de recherche : IFTJ

Pour en savoir plus sur l'auteur : <https://iftj.univ-pau.fr/fr/organisation/membres/l-equipe.html>

Dans la précédente « Lettre des Cahiers », nous avons fait le point sur la réforme du cautionnement issue de l'ordonnance du 15 septembre 2021 s'agissant des dispositions générales et de la formation et de l'étendue du cautionnement. Continuons l'exploration des dispositions relatives au cautionnement en continuant de suivre le plan adopté par l'ordonnance. Deux points sont à voir : les effets (I) et l'extinction (II) du cautionnement.

I - Effets du cautionnement (art. 2302 à 2312 C. civ.)

A) Les effets entre le créancier et la caution (art. 2302 à 2307 C. civ.)

1. Systématisation des informations en cours de cautionnement à tout créancier professionnel.

Divers textes faisaient peser sur certains créanciers des obligations d'information relatives à l'évolution de la dette garantie et à la défaillance du débiteur principal. La réforme reprend ces obligations dans le Code civil sans grande nouveauté. Précisons que le nouvel article 2304 du Code civil prévoit que « dans le mois qui en suit la réception, la caution communique à ses frais à la sous-caution personne physique les informations qu'elle a reçues en application des articles 2302 et 2303. »

L'obligation annuelle d'information relative à l'évolution de la dette garantie (art. 2302 C. civ.).

L'engagement d'une caution fait bien souvent intervenir le facteur temps, qu'il s'agisse d'un cautionnement de dette présente avec une obligation de règlement différée, ou d'un cautionnement de dettes futures avec une obligation de couverture. Le risque pour la caution est d'oublier son engagement et d'être surprise le jour où elle est sollicitée par le créancier.

Le législateur a alors instauré une obligation annuelle d'information permettant à la caution de se voir rappeler son engagement et de suivre l'évolution de la dette qu'elle garantit. Néanmoins, le développement de cette obligation s'est fait en grand désordre. La loi du 1^{er} mars 1984 avait ouvert le bal en imposant une telle obligation aux établissements de crédit (art. L.313-22 du Code monétaire et financier), puis la loi Madelin du 11 février 1994 (art. 47-II, al.2), talonnée par la loi du 28 juillet 1998 introduisant une telle obligation à l'article 2293 du Code civil, le bal étant fermé par la loi Dutreil du 1^{er} août 2003 qui instaure cette obligation dans le Code de la consommation (anc. art. L.341-6 C. cons.). La dispersion des textes et leurs domaines respectifs, qui parfois se recoupaient, n'offrait pas au dispositif une grande lisibilité. L'harmonisation était alors plus que souhaitable.

Le nouvel article 2302 du Code civil intègre cette obligation annuelle d'information, dans un dispositif similaire à celui prévu par l'ancien article L.313-22 du code monétaire et financier ou par l'ancien article L.341-6 du code de la consommation.

- *Le domaine*

Le champ d'application de l'obligation est large quant aux personnes concernées. Le débiteur de l'obligation est tout créancier professionnel, cette seule qualité étant suffisante. Le créancier de l'obligation est toute caution personne physique, quelles que soient ses qualités. Il peut donc s'agir d'une personne rompue aux affaires, d'un professionnel ou, au contraire, d'un particulier n'ayant aucune connaissance de la vie des affaires.

L'obligation s'applique également aux cautionnements souscrits par des personnes morales envers un établissement de crédit ou une société de financement en garantie d'un concours financier accordé à une entreprise. Ce point n'est pas nouveau car l'article L.313-22 du Code monétaire et financier prévoyait expressément cette hypothèse.

- *Le dispositif*

Le nouvel article 2302 reprend le même mécanisme que celui connu dans le Code monétaire et financier ou dans le Code de la consommation : le créancier professionnel est tenu, avant le 31 mars de chaque année, de faire connaître à toute caution personne physique le montant du principal de la dette, des intérêts et autres accessoires restant dus au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation garantie. Il doit également rappeler à la caution personne physique « le terme de son engagement ou, si le cautionnement est à durée indéterminée, sa faculté de résiliation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci peut être exercée. »

Le nouveau texte précise que cette information doit se faire aux frais du créancier (là où l'article L.313-22 du Code monétaire et financier précisait en son alinéa 2 que « [l]a réalisation de cette obligation légale ne peut en aucun cas être facturée à la personne qui bénéficie de l'information. »). La clarification est utile car elle ne figurait pas dans tous les textes et la jurisprudence a été amenée à régulièrement préciser ce point.

La sanction demeure la même qu'antérieurement : « déchéance de la garantie des intérêts et pénalités échus depuis la date de la précédente information et jusqu'à celle de la communication de la nouvelle information ».

Néanmoins, la question de la preuve de l'exécution de l'obligation, point qui interroge récurrentement en pratique, n'a pas été tranchée par la réforme. Rappelons que la jurisprudence exige du créancier qu'il prouve l'envoi de l'information mais non sa réception par la caution¹.

L'obligation d'information sur la défaillance du débiteur (art. 2303 C. civ.). Le nouvel article 2303 du Code civil reprend un dispositif auparavant contenu dans l'article L.341-1 du Code de la consommation puis éclaté entre les articles L.331-1 et L.343-5 du même Code. Comme antérieurement, le créancier professionnel doit « informer toute caution personne physique de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement, à peine de déchéance de la garantie des intérêts et pénalités échus entre la date de cet incident et celle à laquelle elle en a été informée. » Le domaine, le dispositif et la sanction demeurent donc inchangés.

2. Reprise des bénéfices de discussion et de division

Les bénéfices de discussion et de division font partie des droits de la caution. La réforme les reprend en clarifiant la formulation des textes.

S'agissant du **bénéfice de discussion**, l'article 2305 nouveau reprend le dispositif bien connu : « Le bénéfice de discussion permet à la caution d'obliger le créancier à poursuivre d'abord le débiteur principal. » Le caractère facultatif apparaît peut-être moins clairement que dans l'ancien article 2299, mais il reste indéniable puisque le nouvel article 2305-1, alinéa 3, prévoit que le créancier peut omettre de poursuivre le débiteur.

Les conditions et le mécanisme restent les mêmes à une nuance importante près : si la caution doit toujours invoquer ce bénéfice dès les premières poursuites et indiquer au créancier les biens du débiteur susceptibles d'être saisis, elle n'est néanmoins plus tenue d'avancer les frais de la discussion (anc. art. 2300 C. civ.). Le nouvel article 2305-1 précise en outre que les biens en question ne peuvent être ni des biens litigieux, ni des biens grevés d'une sûreté spéciale au profit d'un tiers.

Le texte nouveau dispose par ailleurs que « si le créancier omet de poursuivre le débiteur, il répond à l'égard de la caution de l'insolvabilité de celui-ci à concurrence de la valeur des biens utilement indiqués. » Cette précision utile reprend l'ancien article 2301. Enfin, comme auparavant, « ne peut se prévaloir de ce bénéfice ni la caution tenue solidairement avec le débiteur, ni celle qui a renoncé à ce bénéfice, non plus que la caution judiciaire. »

La réforme ne modifie pas non plus substantiellement le **bénéfice de division** et se borne à reprendre les règles anciennes aux articles 2306, 2306-1 et 2306-2 nouveaux, en clarifiant la rédaction.

B) Les effets entre le débiteur et la caution : les recours de la caution (art. 2308 à 2311 C. civ.)

La grande nouveauté est ici la disparition des recours « avant » paiement dont disposait la caution (anc. art. 2309 et 2316 C. civ.). Peu usités, complexes à mettre en œuvre, ces recours n'existent désormais plus.

L'article 2308 nouveau précise les contours du **recours personnel** de la caution sans pour autant innover par rapport aux anciens textes : « la caution qui a payé tout ou partie de la dette a un recours personnel contre le débiteur

¹ V. Cah.Jur.AMP 2017-1, Pa.2533, p.104, obs. PY Ardoy ; v. également Cah.Jur.AMP 2020-1, Pa.60, obs. PY Ardoy.

tant pour les sommes qu'elle a payées que pour les intérêts et les frais ». Tout au plus l'alinéa 2 précise-t-il que les intérêts courent de plein droit à compter du jour du paiement. L'article 2309 rappelle que la caution dispose également d'un **recours subrogatoire**.

L'article 2310 nouveau reprend également une ancienne règle en modernisant son expression : « Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs principaux solidaires d'une même dette, la caution dispose contre chacun d'eux des recours prévus aux articles précédents. »

Enfin, l'article 2311 prive la caution de recours contre le débiteur principal si elle a payé la dette sans l'avertir et s'il l'a payée par la suite ou s'il disposait, au moment du paiement, des moyens de la faire déclarer éteinte. Là encore il ne s'agit que de la reprise d'une règle auparavant édictée à l'article 2308 du Code civil.

C) Les effets entre les cautions (art. 2312 C. civ.)

L'article 2312 nouveau reprend la règle auparavant comprise à l'article 2310 : « En cas de pluralité de cautions, celle qui a payé a un recours personnel et un recours subrogatoire contre les autres, chacune pour sa part. » Néanmoins, l'ancien dispositif enfermait l'action de la caution contre les cofidélusés dans l'un des cinq cas de l'ancien article 2309, à savoir : « 1° Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement ; 2° Lorsque le débiteur a fait faillite, ou est en déconfiture ; 3° Lorsque le débiteur s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps ; 4° Lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée ; 5° Au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance, à moins que l'obligation principale, telle qu'une tutelle, ne soit pas de nature à pouvoir être éteinte avant un temps déterminé. »

Cette exigence a disparu avec la réforme. Aussi la caution pourra-t-elle agir contre les autres cofidélusés en ayant seulement à prouver qu'elle aura payé en sa qualité de caution.

II. Extinction du cautionnement (art. 2313 à 2320 C. civ.)

Le nouvel article 2313 ne fait que rappeler que le cautionnement peut s'éteindre par voie principale, comme toute autre obligation, mais également par voie accessoire, c'est-à-dire « par suite de l'extinction de l'obligation garantie ».

A) La responsabilité du créancier (art. 2314 C. civ.)

Le nouvel article 2314 reprend, en le modernisant l'ancien... article 2314 ! Le texte pose une responsabilité particulière du créancier lorsque, par sa faute, la subrogation dans ses droits ne peut plus s'opérer au profit de la caution.

Le nouveau texte intègre les clarifications apportées depuis longtemps par la jurisprudence. Ainsi, là où, auparavant, l'article 2314 évoquait un « fait » du créancier, le nouveau parle de faute. Or la jurisprudence et la doctrine considéraient depuis longtemps que le fait du créancier se devait d'être fautif. Les fautes traditionnellement retenues sont aussi bien des fautes de commission que de simples négligences². Il peut s'agir de la mainlevée prématurée d'une hypothèque³, d'une omission d'inscription d'hypothèque, d'une omission d'inscription du nantissement de fonds de commerce ou du nantissement de matériel et d'outillage⁴.

Le nouveau texte précise également que la caution sera déchargée à la mesure du préjudice qu'elle subit. Cette condition qui n'était pas présente dans l'ancien article 2314 a été posée en jurisprudence depuis longtemps. En effet, La caution ne saurait être déchargée de son obligation si le droit perdu par la faute du créancier ne lui aurait été, de toutes façons, d'aucune utilité⁵.

Le caractère d'ordre public de la disposition est réaffirmé.

B) Le cautionnement de dettes futures

Désormais le Code civil intègre des dispositions relatives au cautionnement de dettes futures. Il s'agit d'une vraie nouveauté au sein du Code, même si les dispositions nouvelles reprennent des solutions dégagées antérieurement.

1. L'extinction de l'obligation

Par la volonté de la caution. Dans le cautionnement de dettes futures, l'obligation de la caution dépend d'événements qu'elle maîtrise plus ou moins. Il peut s'agir de l'hypothèse fréquente en pratique du cautionnement

² Constant depuis Civ. 2 décembre 1895, S. 1896, 1, p. 65, note Lyon-Caen.

³ Civ., 23 juill. 1883 : DP 1884, 1, p. 180 ; S. 1885, 1, p. 171. – Civ. 1^o, 6 juin 2001 ; Bull. civ. 2001, I, n^o 161 ; RD bancaire et fin. juill.-août 2001, n^o 147, 2^o esp., obs. Legeais.

⁴ CA Pau, Ch.2 sect.1, 26 novembre 2015 : Cah.Jur.AMP 2015-3, Obs. PY Ardoy.

⁵ Civ., 6 août 1873 : DP 1873, 1, p. 402. – Req., 4 nov. 1896 : DP 1897, 1, p. 569, note Guénée ; S. 1900, 1, p. 509.

du solde débiteur d'un compte courant. La caution est alors tenue d'une obligation de couverture pendant la durée de son engagement, et d'une obligation de règlement pour les dettes nées avant la fin de celui-ci. En raison de la dangerosité de ce type d'engagement, la caution peut vouloir délimiter son obligation en prévoyant un terme à son obligation : dans ce cas, elle sera tenue pour les dettes nées pendant la période de couverture. Mais la caution peut négliger ou ne pas vouloir un terme. Dans ce cas, le cautionnement de dettes futures est à durée indéterminée et la caution pourra mettre un terme à son engagement, sous réserve de respecter un préavis.

Ces solutions dégagées en jurisprudence sont dorénavant intégrées au Code civil aux nouveaux articles 2315 et 2316. L'article 2315 dispose ainsi que « lorsqu'un cautionnement de dettes futures est à durée indéterminée, la caution peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable. ». Il ne s'agit ici que de l'application particulière du principe général dorénavant posé à l'article 1211 du Code civil par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016.

L'article 2316 dispose quant à lui que « lorsqu'un cautionnement de dettes futures prend fin, la caution reste tenue des dettes nées antérieurement, sauf clause contraire. » L'obligation de couverture prend donc fin pour le futur et demeure une obligation de règlement pour les dettes nées pendant la couverture assurée par le cautionnement. La caution conserve à sa charge l'obligation de « payer les dettes déjà nées, même si elles ne sont pas encore exigibles, en cas de défaillance du débiteur »⁶. La solution avait déjà été proclamée antérieurement par la Cour de cassation, notamment dans un arrêt du 1^{er} avril 2008 au terme duquel « la caution qui s'est engagée à garantir, sans détermination d'objet ni de durée, les obligations, contractées ou qui viendraient à l'être, du débiteur envers le créancier doit la garantie de toutes les obligations à durée déterminée convenues antérieurement à la résiliation unilatérale du cautionnement, quand bien même l'exécution de ces obligations se poursuivrait, en vertu des stipulations contractuelles, après la date de cette résiliation »⁷.

La clause contraire est néanmoins possible : une caution qui met un terme à son engagement pourrait donc très bien n'être même plus tenue des dettes nées antérieurement selon la clause en question.

Par la disparition de la caution. Les mêmes effets sont attachés au décès de la caution ou de dissolution de la personne morale caution.

En cas de décès de la caution, l'article 2317 nouveau transmet seulement les dettes nées avant le décès aux héritiers. Le texte précise que toute clause contraire est réputée non écrite. L'idée est bien entendu d'empêcher la clause qui mettrait à la charge des héritiers les dettes nées postérieurement au décès de la caution. Néanmoins, paraît tout à fait possible la clause libérant les héritiers des dettes nées antérieurement au décès, par similitude à la clause libérant la caution des dettes nées avant la fin de son obligation de règlement (art. 2316 C. civ.). Ces précisions sont utiles face à l'ancien article 2294 qui disposait simplement que « les engagements des cautions passent à leurs héritiers si l'engagement était tel que la caution y fût obligée. » La nouvelle disposition clarifie en intégrant les positions jurisprudentielles dégagées jusqu'alors⁸. En effet, la Cour de cassation considérait que la transmission de dettes nées postérieurement au décès de la caution s'analysait en un pacte sur succession future⁹.

En cas de dissolution de la personne morale débitrice ou créancière, l'article 2318 nouveau pose les mêmes effets : la caution sera tenue pour les dettes nées avant l'opposabilité aux tiers de l'opération de fusion, de dissolution ou l'opposabilité de la réunion de toutes les parts sociales en une seule main (art. 1844-5 C. civ.). La caution n'entend en effet pas nécessairement garantir les dettes nouvelles d'un débiteur qui n'était pas celui pour lequel elle s'était engagée ou au profit d'un autre créancier. Toutefois, dans les trois hypothèses visées par l'article 2318, la garantie des dettes postérieures par la caution ne sera possible « que si elle y a consenti à l'occasion de cette opération ou, pour les opérations affectant la société créancière, par avance. »

La solution prévue en cas de dissolution de la personne morale caution est sensiblement différente. En effet, dans la mesure où une transmission passive est possible, les obligations de couverture et de règlement sont transmises.

2. L'extinction de l'action contre la caution d'un solde de compte courant ou de dépôt

Le nouvel article 2319 du Code civil innove en disposant que « la caution du solde d'un compte courant ou de dépôt ne peut plus être poursuivie cinq ans après la fin du cautionnement. » Cette nouvelle disposition protège assurément la caution contre des poursuites qui pourraient être intentées contre elle de nombreuses années après le terme de son engagement. En effet, l'obligation principale garantie par la caution n'est exigible qu'au jour de la clôture

⁶ L. Bougerol, « Réforme du droit des sûretés : saison II (partie I) », Dalloz actualités 27 septembre 2021.

⁷ Com. 1^{er} avril 2008, n°07-11.003 ; Com. 29 février 2000, n°96-15274.

⁸ Com. 29 juin 1982, Bull. n°258 ; Civ. 1^o, 3 juin 1986, JCP 1986, II, 20666, concl. Gulphe ; Def. 1987, p281, note Piedelièvre.

⁹ Com. 13 janvier 1987, D. 1987, somm. p.453, obs. Aynès.

du compte. Dès lors, même si la caution a mis un terme à son engagement, l'épée de Damoclès pourrait continuer de la menacer pendant longtemps, alors même qu'elle se croirait libérée définitivement.

La nouvelle disposition doit donc être saluée.

C) La protection de la caution contre une prorogation de terme

Le nouvel article 2320 reprend la règle de l'ancien article 2316 selon laquelle « la seule prorogation du terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge pas la caution ». Toutefois le texte nouveau change d'optique. En effet, là où sous l'ancienne loi la caution pouvait poursuivre le débiteur pour le forcer à payer, le texte nouveau lui ouvre une option : soit la caution peut payer le créancier et se retourner contre le débiteur, soit elle peut solliciter la constitution d'une sûreté judiciaire sur tout bien du débiteur à hauteur des sommes garanties. Dans ce dernier cas, l'article 2320 pose une présomption simple selon laquelle la caution est « présumée justifier de circonstances susceptibles de menacer le recouvrement de sa créance ».

L'utilité du nouveau texte est évidente : rappelons que, depuis la réforme, la caution ne dispose plus des recours avant paiement qui, entre autres hypothèses, couvraient celle où la caution voyait ses prévisions déjouées par une prorogation du terme¹⁰.

Dans l'ensemble, les parties issues de l'ordonnance relatives aux effets et à l'extinction du cautionnement sont moins innovantes. La réforme clarifie néanmoins indéniablement les dispositions anciennes du Code et fait disparaître celles qui n'avaient plus lieu d'être (recours avant paiement).

¹⁰ C'était précisément l'objet de l'article 2316 ancien qui ajoutait un sixième cas de recours avant paiement à ceux de l'ancien article 2309.



« L'accès des femmes au pouvoir judiciaire : origine et évolutions »

Par Jeanne BARSALI

Doctorante à l'Université de Bordeaux

Institut de sciences criminelles et de la justice (UR 4633)

En France, le pouvoir de juger a connu de nombreuses évolutions historiques notamment depuis la Révolution française. Le statut des magistrats est actuellement fixé par l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature. Cette dernière expose dans son premier article la composition du corps judiciaire à savoir les magistrats du siège, du parquet, les magistrats du cadre de l'administration centrale du ministère de la justice, les magistrats inspecteurs et inspecteurs généraux de la justice ainsi que les auditeurs de justice¹. Depuis cette ordonnance de 1958, trois concours sont ouverts pour entrer à l'école unique de formation des magistrats : l'École Nationale de la Magistrature située à Bordeaux. Il ne s'agit pas de la seule voie d'accès à la magistrature, des passerelles sont également envisagées tel sera notamment le cas, sous certaines conditions, pour les docteurs en droit justifiant de trois années au moins d'exercice professionnel en qualité de juriste assistant (art 18-1).

L'arrivée tardive des femmes au sein de la magistrature s'expliquerait notamment par la crainte des hommes quant à la considération de leur virilité. A ce titre, Simone de BEAUVOIR écrivait que « personne n'est plus arrogant envers les femmes, plus agressif ou méprisant, qu'un homme inquiet pour sa virilité² ». En effet, pendant des siècles, la justice n'a été rendue que par des hommes. Juger faisait appel aux traits spécifiques de l'homme : la masculinité témoignant de certaines qualités telles que la fermeté, la dureté et le rejet de l'émotion. Il était donc considéré que le jugement rationnel éclairé ne pouvait être que le jeu des hommes surtout dans des affaires telles que les affaires pénales ou familiales pour lesquelles il existe une forte dimension émotionnelle. Ce système dans lequel la force prédomine et où la virilité est au centre de toute préoccupation, est ensuite contrebalancé puisque cette prévalence de la masculinité mise en avant au sein de la bourgeoisie, est prépondérante dans la criminalité. Effectivement, les voyous seront considérés comme des durs, des vrais, qui peuvent séduire les jeunes femmes mais également les jeunes hommes en quête de pouvoir.

Cependant, la question de la domination masculine est un enjeu à plusieurs égards. Elle est le jeu de la délinquance, certes, mais également et notamment celui des jurés populaires. Progressivement, les jurés seront considérés comme trop indulgents. On y voit un manque de virilité s'expliquant surtout par le fait que ces derniers ne souhaitent plus avoir de sang sur les mains. L'opinion publique commençait à impacter la vision des jurés sur les affaires. Vincent DE MORO-GIAFFERRI affirmait alors : « l'opinion publique, chassez-là cette intruse, cette prostituée ». Selon lui, l'opinion publique n'a pas sa place dans la prise de décision des jurés.

Au début du XX^{ème} siècle, des tentatives de féminisation des jurys apparaissent. Cependant, on reproche déjà au jury d'être trop émotif et le risque que ce phénomène s'aggrave était préoccupant avec l'arrivée des femmes à cette fonction puisque ces dernières sont réputées agir en fonction de leur émotion et ne pouvant s'en détacher. Malgré cela, certains y voyaient ici une façon de reviriliser les hommes jurés qui devaient impressionner les femmes présentes à l'instance. L'idée était donc d'avoir un équilibre entre les hommes et les femmes.

Dans les années 1930, cette féminisation ne fait pas l'unanimité mais elle n'en reste pas moins positive sur certains points. Selon un avocat, les femmes jugeront mieux les crimes passionnels car l'on considère qu'il s'agit de crime de passion – sentiment exprimé par le faible – et qu'à ce titre il convient mieux aux compétences féminines.

¹ <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000339259/>

² DE BEAUVOIR, S. *Le deuxième sexe*. Éditions Gallimard.

Aussi, la présence des femmes servira-t-elle à endurcir les hommes qui font preuve de faiblesse. En réalité, le jugement qu'elles portent fait peur par son caractère extrême.

Finalement, le difficile accès des femmes aux fonctions de jurés puis de magistrat est dû à la crainte qu'elles inspirent aux hommes. Dans le contexte d'une société patriarcale, le fait pour les femmes d'exercer, sinon mieux, de manière égale cette fonction les dévaloriserait. En se penchant sur l'origine et l'évolution de l'accès des femmes au pouvoir judiciaire en France, nous constaterons qu'il existe un paradoxe quant à la féminisation de la magistrature. En effet, si elle est quantitativement satisfaisante (I), elle reste qualitativement insuffisante (II).

I - Une féminisation de la magistrature aujourd'hui quantitativement satisfaisante

Si aujourd'hui les femmes sont sur-représentées au sein de la magistrature, leur accession aux fonctions judiciaires résulte d'un processus long et difficile(A). Cette progression s'explique par un contexte particulier ne considérant que peu les femmes, en raison de mentalités sexistes très ancrées (B).

A) Une difficile émergence des femmes dans le domaine judiciaire

La féminisation de la magistrature est un travail de longue haleine qu'il est intéressant de retracer dans ses grandes lignes. Cela permettra par la même occasion de souligner les risques en découlant.

1. Les origines. Avant la Révolution française, les femmes n'ont en général que très peu de droits. Par la suite, la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 ne leur accordera aucun droit particulier et même si le nouveau régime leur reconnaîtra une personnalité juridique, elles n'auront pas le droit de vote ni d'élection. Malgré tout, elles auront la possibilité d'assister aux débats de l'Assemblée et continuent d'investir l'espace public. A ce titre, plusieurs écrits consacrent cette présence progressive des femmes dans l'espace public, ce sera notamment le cas de la Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne d'Olympe de Gouges en 1791³.

Cependant, de manière générale leurs droits font l'objet d'une lente évolution. Et il faudra attendre la loi de 1900 pour que les femmes puissent exercer la profession d'avocat. Jusque-là, elles ne pouvaient prétendre à cette fonction juridique. Ce ne sera que cinquante ans plus tard qu'elles obtiendront le droit de devenir magistrat. Pourtant, l'idée de permettre aux femmes d'accéder à la magistrature est plus ancienne : dès 1930, le ministre de la Justice l'envisage lorsqu'il se trouve confronté à un fort déficit de candidatures. Il fallait donc pallier ce déficit en ouvrant les candidatures aux femmes.

En 1931, elles pourront être élues dans les tribunaux de commerce. On peut y voir là une sorte de dérogation à l'impossibilité pour les femmes de devenir magistrates. C'est également en 1931 qu'est nommée la première femme professeur de droit après avoir réussi l'agrégation. Agrégée de droit privé, Madame Lagarde-Bequignon sera aussi la première femme magistrat puisqu'elle demandera son intégration à la Cour de cassation en 1946.

Les circonstances exceptionnelles ont pu faire grandement progresser les droits des femmes. Dès lors, en 1944 elles sont admises à siéger dans les jurys des Cours de justice, puis dans les jurys des Cours d'assises, et enfin en qualité d'assesseur du juge des enfants. En 1946, le 11 avril, une loi importante voit le jour et un de ces articles dispose que « tout Français, de l'un ou de l'autre sexe, répondant aux conditions légales, peut accéder aux fonctions de la magistrature ». C'est officiel, les femmes peuvent alors être magistrates professionnelles.

Cette loi eut un fort impact. La profession s'est largement féminisée au point d'avoir aujourd'hui 66% de femmes magistrates. Cette forte féminisation conduira nécessairement à de nouvelles problématiques.

2. Les risques d'une féminisation extrême de la magistrature. Cette forte féminisation conduit à une proportion plus grande de femmes que d'hommes aux fonctions de magistrats. Cependant, une féminisation extrême de la magistrature conduirait, à titre d'exemple, à une composition exclusivement féminine d'un tribunal correctionnel. Cela pourrait poser des difficultés à l'égard du justiciable. Bien que le sexe du magistrat soit sans incidence sur la décision puisque ce dernier est impartial, il y a une réelle désincarnation du magistrat, cela peut parfois jouer un rôle sur l'attitude du justiciable.

La crainte du justiciable d'être jugé différemment du seul fait que le tribunal est composé uniquement de magistrates est en partie infondée puisqu'elle se basait sur la peur que les femmes jugent différemment des hommes. Or, cet argument est inopérant puisque la neutralité du juge est une composante essentielle : le sexe du juge ne doit pas avoir d'impact sur la décision rendue. Les magistrats doivent être indépendants et impartiaux, donc neutres. Pour ce faire, le magistrat met son sexe de côté, tout comme sa religion, ses origines, son appartenance sociale, etc. Le port de la robe a d'ailleurs comme conséquence de faire disparaître la personne du magistrat et de ne mettre en avant que la fonction : il y a là une volonté d'exprimer une cohésion de la magistrature. Cette tenue permet d'effacer toutes

³ DE GOUGES, O., *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*. 1791.

différences qui pourraient exister entre magistrats⁴. Le simple fait d'être une femme n'a donc aucune incidence. Cela se justifie simplement par le processus de désincarnation des juges. En réalité, des études démontrent que ce n'est pas tant le sexe mais l'âge du magistrat qui sera mis en avant par le justiciable.

L'accès des femmes à la magistrature soulève encore des interrogations. Désormais, la difficulté ne consiste plus à les faire intégrer au sein de cette fonction mais de faire entrer davantage d'hommes. En effet, les jurys du concours d'entrée à l'École nationale de la magistrature alarment souvent de la faible proportion d'hommes chaque année.

La problématique est tout de même différente. Il ne s'agit pas d'une discrimination à l'égard des hommes mais du résultat de leur propre choix. En réalité, il y a une forte féminisation des études de droit. De plus, les jeunes hommes diplômés souhaitent davantage exercer des professions libérales telles que celles d'huissier de justice, notaire, avocat. Contrairement aux femmes, il ne s'agit que de la conséquence de certains choix de carrières par ces derniers et non le résultat d'une discrimination en raison de mentalités sexistes.

B) Une difficile émergence en raison de mentalités sexistes

L'incapacité des femmes à accéder aux fonctions de magistrats découlait d'une part d'arguments concrets tel que leur incapacité politique et civile, mais également de réflexions sexistes peu pertinentes aujourd'hui.

1. L'incapacité des femmes comme premier argument. La raison première de l'absence des femmes à cette fonction n'est pas nouvelle : ces dernières ne pouvaient initialement exercer aucune fonction. La femme, considérée comme incapable, ne pouvait exercer aucune profession. Par exemple, il faut se rappeler que la femme mariée ne peut recevoir un salaire en France qu'à partir de 1907. Il faudra attendre plus de trente ans, en 1938, pour que leur incapacité civile soit supprimée par le Code civil. On se souvient que l'incapacité civile de la femme est largement établie dans le code Napoléonien de 1804. Par exemple, dans le chapitre VI "Des droits et des devoirs respectifs des époux", l'article 215 disposait que "la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens". L'article 217 disposait quant à lui que "la femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir, à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou sans son consentement par écrit"⁵.

Si c'est en 1946 que le principe d'égalité entre les femmes et les hommes est inscrit dans la Constitution⁶, il faut attendre 1965 pour que le mari ne soit plus le « chef de famille », permettant ainsi à la femme d'exercer la profession de son choix et ouvrir un compte bancaire sans l'autorisation de ce dernier.

Ainsi ce n'est que depuis 1946 que les femmes peuvent exercer la fonction de magistrat. Il s'agit là d'un travail de longue haleine. En effet, l'argument officiellement avancé par les Ministres de la Justice et repris ensuite par le Conseil d'État justifiant, selon eux, l'exclusion des femmes à cette fonction serait leur incapacité politique découlant de leur incapacité civile qui serait donc incompatible avec une mission de souveraineté publique⁷.

2. Un manque d'autorité des femmes comme second argument. Ce n'est pas là le seul argument justifiant l'exclusion des femmes. Ces dernières ne pouvaient exercer une telle fonction car les magistrats doivent avoir une certaine autorité. Or, pendant longtemps, les hommes étaient considérés comme dotés d'une autorité naturelle du fait de leur sexe. Leur force physique caractérisait purement et simplement leur autorité. Cet argument découle du fait qu'autrefois, pour diriger un État, il fallait pouvoir le défendre, notamment lors des conflits armés. Les femmes n'ayant pas la même force physique, il leur était difficile de défendre militairement leur État. C'est à ce titre que les hommes étaient davantage compétents pour diriger un État et donc pour disposer des postes les plus importants. Cependant, actuellement, les postes haut placés ne nécessitent pas d'avoir la meilleure force physique. Il s'agit d'un mauvais amalgame : l'autorité ne découle fort heureusement pas de la force physique.

Une féminisation de la magistrature signifiait donc que le sexe masculin n'était plus un attribut de l'autorité. Les femmes n'ayant pas cette autorité naturelle, cette dernière leur est reconnue par leur professionnalisme. Les femmes devaient donc démontrer davantage leur compétence pour assoir leur autorité. Cela se vérifie à plus grande échelle : les femmes n'ont de cesse de devoir prouver leur compétence là où les hommes n'auront aucun effort supplémentaire à fournir puisque leur place est déjà acquise. Cela les rendra parfois plus compétentes et pourtant moins bien rémunérées. Par exemple, de manière générale, selon l'INSEE, en 2019, le revenu salarial des femmes restait inférieur en moyenne de 22% à celui des hommes⁸.

⁴ <https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/2022/07/25/la-robe-des-magistrats-heritage-et-symbolique>

⁵ <https://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-lpt05.pdf>

⁶ Art. 3, Préambule de la Constitution de 1946 : « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ».

⁷ Boigeol, A., *De la difficile entrée des femmes dans la magistrature à la féminisation du corps. Le pouvoir judiciaire*, 15 décembre 1946, p.6.

⁸ <https://www.insee.fr/fr/statistiques/6047789?sommaire=6047805>

La féminisation de la magistrature, initialement perçue comme un problème, ne cesse de se développer. On passe de 50,7% de femmes au sein de cette fonction en 2002 à 66% en 2018. Les femmes sont largement représentées dans la fonction de magistrat. La féminisation de la magistrature est donc bel et bien satisfaisante quantitativement. Pour autant, pouvons-nous affirmer qu'il n'existe plus d'inégalités femmes-hommes au sein de cette fonction ? Rien n'est moins sûr.

II - Une féminisation de la magistrature qualitativement insuffisante

Ces mentalités sexistes ont certes évolué, permettant l'accès des femmes à la magistrature, mais sont toujours présentes. En réalité, ces mentalités persistantes sont la cause des discriminations. Les femmes restent sous-représentées qualitativement, en ce qu'elles ne sont pas amenées à exercer les mêmes fonctions que les magistrats hommes. Concrètement, les femmes magistrates sont cantonnées à certaines fonctions considérées comme féminines par nature (A) tandis que les hauts postes sont majoritairement occupés par des hommes (B).

A) Des fonctions considérées comme féminines par nature

L'arrivée des femmes au sein de la magistrature soulève des difficultés : d'une part, elles seront davantage perçues par leur sexe que par leur qualité de magistrat puisque c'est leur fonction de mère qui sera prise en compte pour justifier leur répartition dans certaines fonctions. Par ailleurs, l'attitude des justiciables ne sera pas la même selon qu'ils seront jugés par un homme ou par une femme. Tel sera notamment le cas lors des audiences devant le juge aux affaires familiales.

1. Une qualité de mère mise en avant. Les femmes sont majoritairement représentées au sein de la magistrature mais cela ne signifie pas pour autant qu'il n'y a pas d'inégalité femmes-hommes. Si l'on regarde plus attentivement les secteurs dans lesquels elles sont représentées, il conviendra de s'apercevoir qu'il s'agit en réalité de la fonction de juge aux affaires familiales et juge des enfants⁹. De manière générale, les femmes seront présentes aux fonctions de magistrat du siège et non du parquet. Cela pourrait s'expliquer par le fait que les fonctions de siège seraient plus facilement conciliables avec une vie familiale. En effet, comme le relève Anne-Sophie BERNACHOT en 2019, la conciliation entre vie privée et vie professionnelle serait plus aisée dans les fonctions rédactionnelles¹⁰. De plus, et contrairement aux magistrats du parquet, les magistrats du siège ont un emploi du temps plus régulier avec des audiences fixées en avance. Ces magistrats n'ont pas besoin d'être disponible 24h/24h pour les urgences comme ce sera le cas pour les magistrats du parquet.

En 1937, Monsieur DELATTRE, députés des Ardennes et avocat, proposait une loi ayant pour objet l'accès des femmes à la magistrature mais seulement pour le poste de juge assesseur dans les tribunaux pour enfants. Cette restriction se justifiait selon lui par le fait que les femmes ont des qualités propres qui « rendent leur présence particulièrement utile dans le processus de rééducation, d'amendement, de retour sur le droit chemin de "l'enfance coupable" »¹¹. On leur reconnaît avant tout des qualités de mère avant celles de véritables professionnelles du droit. La Commission de la législation civile et criminelle chargée d'examiner cette proposition considérait, que la connaissance des femmes à propos des enfants est estimée plus grande que celle des hommes et qu'à ce titre leur présence était utile pour l'établissement de la culpabilité ainsi que pour la recherche de solutions permettant la réhabilitation des enfants coupables¹².

Dans la même logique, en 1946, l'Assemblée nationale propose que l'accès des femmes à la magistrature soit limité à la fonction de siège et des tribunaux pour enfants. Cela sera adopté à la quasi-unanimité¹³. Plus tard, en 1949, une motion proposera de retirer les femmes aux fonctions de police judiciaire et de juge d'instruction. Même s'il s'agissait d'une faible majorité, cette motion sera rejetée.

Encore aujourd'hui, les femmes sont davantage présentes dans les fonctions de juge aux affaires familiales. Cela étant dit, les femmes et les hommes n'arrivent pas au poste de juge aux affaires familiales de la même façon. Pour les femmes il s'agirait d'une vocation, tandis que pour les hommes, cela serait lié à un choix dans le but de faire avancer leur carrière. En outre, certaines raisons motivent les femmes à entrer dans la magistrature, il s'agirait d'une

⁹ Beissière C., S. Gollac, Mille M., « Féminisation de la magistrature : quel est le problème ? », *Travail, genre et sociétés* 2016/2 (n° 36), p. 175 à 180.

Beissière C., Mille M., « Le juge est (souvent) une femme. Conceptions du métier et pratiques des magistrates et magistrats aux affaires familiales », *Sociologie du travail*, Vol. 55, n°3, Juill.-Sept. 2013, p. 341-368 (<https://doi.org/10.4000/sdt.11622>).

¹⁰ Bernachot A., « Femme et magistrate », in Dibie D. et Rome I. (Dir.), *Femmes, Droit et Justice*, 2019, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires Actes.

¹¹ Chambre des députés, document n°1684, annexe au P.V de la séance du 14 janvier 1937.

¹² Boigeol A., « De la difficile entrée des femmes dans la magistrature à la féminisation du corps », in Bard C., Chauvaud F., Perrot M. et al. (Dir.), *Femmes et justice pénale*, PUR 2002.

¹³ Boigeol, A., *De la difficile entrée des femmes dans la magistrature à la féminisation du corps. Le pouvoir judiciaire*, préc., p.6

des rares fonctions permettant à ces dernières d'exercer rapidement un métier de responsabilité et de pouvoir. Chose qui n'est pas aisée dans d'autres domaines. La fonction de magistrat du siège et plus précisément de juge aux affaires familiales confiée majoritairement aux magistrates engendre de nouvelles problématiques telles que l'attitude défavorable de certains justiciables.

2. Une attitude défavorable des justiciables. La féminisation extrême de la magistrature conduit à avoir beaucoup plus de femmes que d'hommes, juges aux affaires familiales, ce qui pose parfois des difficultés vis-à-vis du justiciable. Bien que le magistrat, qu'il soit homme ou femme, rende sa décision de la même manière puisque tenu au principe d'indépendance (art. 64 Constitution de 1958) et d'impartialité (art. 6 Conv.Eur.DDH), certains justiciables ne parviendront pas à se détacher du sexe du magistrat.

Outre les affaires pénales, les affaires familiales sont au cœur des débats. Fabrice MEJIAS, ancien président de l'association SOS Papa (2013) disait que "les femmes jugent avec leurs tripes". Selon Monsieur MEJIAS, les femmes n'auraient pas les capacités d'exercer leur fonction de manière impartiale et que "l'hyper-féminisation des professions de la magistrature pose un vrai problème ! Les femmes comprennent les femmes". Il estime qu'un juge "devrait être asexué, car il décide de la vie de personnes". Il est difficile de savoir ce que Monsieur MEJIAS entend par là. Cela signifie-t-il que pour lui seul un homme peut être asexué dans l'exercice de ses fonctions ? Ces propos en plus d'être incohérents sont sexistes¹⁴. Le syndicat de la magistrature constate effectivement que majoritairement, la résidence principale des enfants est accordée à la mère mais cela ne relève pas du sexe du magistrat mais du fait, notamment, que les pères ne demandent que plus rarement la résidence principale de l'enfant. Les juges démontrent leur impartialité par la pratique. Une magistrate indique à ce titre que « l'on va de plus en plus vers une "garde alternée". Et quand les deux parents la revendiquent, ce n'est pas forcément à la mère qu'on l'attribue, car elle a souvent moins de conditions matérielles ».

Les femmes sont bien représentées au sein de la magistrature mais ce n'est pas sans peine. Les mentalités sexistes justifiant auparavant leur absence au sein de cette fonction sont tout de même suffisamment bien ancrées pour remettre encore aujourd'hui en question la qualité de la décision rendue par une magistrate. Un autre aspect témoigne d'une féminisation de la magistrature qualitativement insuffisante : l'accès aux hautes fonctions.

B) Des hautes fonctions discriminantes

La magistrature est donc fortement féminisée, cependant tel n'est pas le cas dans tous les aspects de la magistrature. En effet, les postes à responsabilité seront encore fortement masculinisés, tant concernant les présidences de juridictions que pour les postes hors hiérarchie.

1. Le cas des présidences de juridiction. Un paradoxe subsiste : si la profession ne cesse de se féminiser au point même d'avoir davantage de magistrates que de magistrats, alors pourquoi les femmes seraient sous-représentées au sein des fonctions hiérarchiques ? En effet, les présidences de juridiction se masculinisent. Les hommes deviennent chefs de juridiction à la fois plus jeunes et plus fréquemment que les femmes.

A titre de démonstration, le ministère de la Justice relève en 2017 que, pour les magistrats âgés de 35 à 39 ans, 0,4% des chefs de juridictions sont des femmes alors que 1,5% sont des hommes. Plus le magistrat sera âgé et plus l'écart se creusera : en 2017, parmi les magistrats âgés de 45 à 49 ans, seul 3% des magistrates auront la fonction de chef de juridiction contre 11,8% de magistrats¹⁵.

Selon Isabelle Rome, ancienne magistrat du siège et désormais ministre de « l'Égalité entre les femmes et les hommes, de la diversité et de l'égalité des chances », pour plus d'égalité, il faudrait favoriser l'accès des femmes aux postes hiérarchiques et assurer la mixité chez les juges. Le constat est établi. Pour briser le "plafond de verre", Madame ROME propose quatre actions : lutter contre les stéréotypes ; accompagner la carrière des femmes ; améliorer la conciliation entre vie professionnelle et vie privée, et encourager la mixité dans l'exercice de la fonction¹⁶.

Les solutions sont trouvées ; place désormais à la concrétisation. Au vu de toutes les évolutions précitées, l'optimisme est de rigueur. D'autant plus que dans son étude sur la parité dans les nominations aux postes de chefs de cour et de juridiction et sur les postes du siège à la Cour de cassation, le Conseil supérieur de la magistrature établit qu'il y a une augmentation des candidatures féminines aux postes de chefs de cours. Dans la logique, cela signifierait que les femmes pourront davantage être nommées à ce type de poste¹⁷.

¹⁴ Grey, C. (2012) *Justice : entre femmes juges et prévenues, existe-t-il une solidarité féminine ?* Le Point.

¹⁵ InfoStat Justice (avril 2018). Numéro 161. http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_infostat_161.pdf

¹⁶ Coustet T., « Journée des droits des femmes : la Chancellerie veut plus de mixité dans la magistrature », Dalloz actualités 8 mars 2019.

¹⁷ Conseil Supérieur National de la Magistrature, *Étude sur la parité dans les nominations aux postes de chefs de cour et de juridiction et sur les postes du siège à la Cour de cassation*, 2020.

2. Une féminisation difficile des postes hors hiérarchie. La hiérarchie du corps judiciaire comprend deux grades : le second grade et le premier. En dehors de ces deux grades, il existe les postes hors hiérarchie. L'article 3 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 dispose que : « sont placés hors hiérarchie : 1° Les magistrats de la Cour de cassation, à l'exception des conseillers référendaires, des avocats généraux référendaires et des auditeurs ; 2° Les premiers présidents de chambre des cours d'appel et les procureurs généraux près lesdites cours ; 2° bis Les premiers présidents de chambre des cours d'appel et les premiers avocats généraux près lesdites cours ; 3° Les présidents de chambre des cours d'appel et les avocats généraux près lesdites cours ; 4° Les magistrats exerçant les fonctions d'inspecteur général, chef de l'inspection générale de la justice, et d'inspecteur général de la justice ». Ces postes hors hiérarchie sont accessibles sous conditions notamment d'une certaine ancienneté¹⁸. *De facto*, les postes hors hiérarchies sont occupés par les magistrats de générations « anciennes », ce qui induit une plus faible représentation des femmes.

Cela étant, l'absence des femmes dans les postes hors-hiérarchie n'est pas une spécificité française. En effet, la Commission européenne pour l'efficacité de la justice en 2014 indique qu'en moyenne européenne, 67% des présidents de juridictions sont des hommes, et 69% des chefs de ministère public sont des hommes.

Pendant, un constat est fait : la magistrature ne cesse de se féminiser. Même si les postes hiérarchiques sont encore fort masculinisés, les femmes y accèdent progressivement. Toutefois, il serait dommage de s'apercevoir que les femmes accèdent à ces hautes fonctions non pas en raison de leur qualité professionnelle mais du seul fait qu'une femme est bonne gestionnaire. Espérons simplement qu'il ne s'agit là que d'un développement de la mixité dans le monde du travail. Il est donc opportun de penser que d'ici quelques années, les postes hors hiérarchies accueilleront autant d'hommes que de femmes. Cela est envisageable puisqu'un élargissement des auditeurs de justice apparaît de manière globale grâce au développement d'autres voies d'accès à l'École Nationale de la Magistrature : le premier concours d'accès à la magistrature n'est plus le seul est l'unique. Concernant le deuxième concours, bien qu'il y ait encore davantage de femmes que d'hommes, le pourcentage d'hommes inscrits est plus élevé que celui du premier concours¹⁹. En 2020, 21% d'hommes étaient inscrits pour le premier concours et 79% de femmes. Tandis que pour le deuxième concours, 31% d'hommes étaient inscrits à côté de 69% de femmes.

Cet élargissement des voies d'accès à la magistrature se vérifie également par les origines socio-professionnelles des candidats. En effet, selon le concours d'entrée, les candidats ne proviennent pas de la même catégorie socio-professionnelle. Le premier concours regroupera davantage de candidats dont les parents sont cadres ou de professions intellectuelles. Tandis que les auditeurs de justice admis à la suite du deuxième concours seront majoritairement issus de parents n'exerçant aucune profession. Il y a là une généralisation de l'accès à la magistrature²⁰.

¹⁸ Sauf cas particulier, par ex. art. 40 de l'ordonnance du 22 déc. 1958.

¹⁹ https://www.enm.justice.fr/sites/default/files/Profil_promo_ADJ_2021.pdf page 5

²⁰ https://www.enm.justice.fr/sites/default/files/Profil_promo_ADJ_2021.pdf page 10

« La légalité du commerce de CBD face à la pratique de la procédure pénale »

Par Thomas MAUGARD

Doctorant à l'Université de Bordeaux

Institut de sciences criminelles et de la justice (UR 4633)

Les boutiques de CBD, les producteurs de chanvre, les forces de police et les magistrats, pour ne citer qu'eux, étaient impatients de connaître les conclusions de l'instruction menée par le Conseil d'État au sujet de la vente libre des fleurs et des feuilles de CBD. C'est chose faite le 29 décembre 2022 avec l'annulation de l'arrêté du 30 décembre 2021 interdisant leur vente et ce, même si ces produits possèdent un taux de THC inférieur à 0,30 %. Par le biais de ces conseillers juridiques du gouvernement que sont les juges du Conseil d'État, la France, même par effet suspensif du 24 janvier 2022, reconnaissait déjà et même incidemment la légalité de l'usage de ces produits dans la gamme « santé-bien être » tout en éludant les difficultés du combat contre les stupéfiants. Cette décision prise dans l'urgence, sous pression de groupes d'avocats¹ et de producteurs de chanvre², met en porte-à-faux le travail de lutte, non pas directement contre les trafics de drogue mais, contre les usagers, cœur de cible du gouvernement actuel.

Cette décision s'explique par la disproportion de l'interdiction générale de vente de fleurs et de feuilles mais également par le fait que leur consommation ne souffrait d'aucune nocivité. Le CBD est alors rentré de plein pied dans le débat sociétal déjà complexe de la lutte contre les trafics de stupéfiants. En attendant de modifier certaines techniques de contrôle permettant de différencier ces produits de leur cousin le cannabis, les consommateurs, les magistrats et les forces de l'ordre naviguent à vue face au risque pénal.

Le CBD (CannaBiDiol) est une substance active de la plante de chanvre (*Cannabis Sativa*) au même titre que le THC (delta9-tétrahydrocannabinol) mais n'est pas classé produit stupéfiant³. En effet, son absence de classement⁴ dans le listing des stupéfiants est due à sa très faible teneur en THC (moins de 0,30%⁵). Par opposition, le cannabis classique possède une quantité de substance psychotrope supérieure à 3 % pouvant atteindre les 15 % pour l'herbe et quasiment 30 % pour la résine⁶. La vente, le commerce et la consommation de ces deux types de produits ne sont différenciables ni « à l'œil nu » ni à l'odeur : le CBD est vendu en fleur et en résine tout comme son homologue chargé en substance psychotrope. De ce fait, les consommateurs de CBD, en deçà de 0,30 % de THC figurant dans les fleurs de CBD, ne peuvent être considérés comme des simples usagers⁷. Face à cette problématique de similitude de produits, quels sont les outils de procédure pénale permettant de différencier le bon consommateur de CBD « du drogué » ? Les décisions du Conseil d'État du 24 janvier 2022 et celles plus récentes du 30 décembre 2022, n'ont pas

1 Pour ne citer qu'eux : M. Julien Bayou, membre du groupe politique de l'Assemblée Nationale EELV et Me Xavier Pizzaro représentant l'Union des professionnels du CBD (UPCBD), ont monté un dossier en vue de saisir le Conseil d'État en urgence en janvier 2022.

2 La France est le plus grand producteur d'Europe de chanvre (20 000 hectares en 2020). <https://www.semae.fr/solution/la-france-leader-europeen-de-la-production-de-chanvre/>. Malgré ce constat, la commercialisation sous forme de consommation directe à la vente aux particuliers a été tardive en France. Les voix, par l'intermédiaire, par exemple, du Syndicat des Professionnel de Chanvres (SPN) ou de l'Association Française des Producteurs Cannabinoïdes se font de plus en plus entendre en raison du poids financier de ces producteurs et des incohérences entre les décisions européennes et françaises sur le CBD. <http://syndicatduchanvre.org/>.

3 CJUE, 19 nov. 2020, arrêt « Kanavape », aff. C-663/18 B S et C A c. France/Ministère public et Conseil national de l'ordre des pharmaciens. Dans sa décision, la Cour confirme, au vu des connaissances scientifiques actuelles, que le CBD n'est pas un stupéfiant au sens de la convention sur les substances psychotropes des Nations unies de 1971 sur les substances psychotropes conclue à Vienne le 21 février 1971. Il n'est donc pas concevable d'interdire son commerce en référence aux articles 34 et 36 du TFUE.

4 Arrêté du 22 février 1990 fixant la liste des substances classées comme stupéfiants (version en vigueur au 18 novembre 2022).

5 Aux États-Unis ou en Chine, celui-ci se cultive avec des taux atteignant 0,3 % à 1 % de THC. En France, avant 2022, la législation autorisait la culture d'une plante CBD à 0,2 %. Depuis l'arrêté du 30 décembre 2021 (sauf pour les produits de fleurs et de feuilles pour lesquels il faudra attendre le 24 janvier 2022), il est possible de cultiver une plante de CBD à 0,30 % de THC. Cette décision est par ailleurs en cohérence avec les règles de la Politique Agricole Commune faisant foi au 1er janvier 2023.

6 <https://www.ofdt.fr/produits-et-addictions/de-z/cannabis/>. Après avoir consulté un producteur de chanvre, « Le Coq Chanvré » à Essouvert (17), celui-ci nous révèle que les taux autorisés pouvaient atteindre auparavant 0,29 %. Le gain de cette nouvelle loi en fixait clairement la limite mais sans nette augmentation de la substance psychotrope.

7 Art. L3421-1 al.1 (procédure d'usage) et al.3 (Amende Forfaitaire Délictuelle) CSP.

anticipé la distinction entre la légalité des contrôles du CBD et l'illégalité du cannabis. La question peut se poser : est-ce une volonté réfléchie d'aspirer un marché porteur économiquement, à savoir une partie des trafics de drogue⁸ ?

Historiquement, en Chine, des traces de cannabis ont été retrouvées dès 4000 ans avant J-C. faisant déjà état d'un usage médical. Il faudra attendre les années 1940 pour que des chercheurs américains isolent des molécules de CBD tout en les considérant comme toxiques. Vingt ans plus tard un chercheur israélien isole la molécule de CBD appelée delta 9-tétrahydrocannabinol de synthèse (21 atomes de carbone, 30 atomes d'hydrogène et 2 atomes d'oxygène) et la synthétise à des fins pharmacologiques. C'est à compter de cette découverte que l'idée d'une production à grande échelle apparaît.

En France, concernant la réglementation de la culture du CBD, l'arrêté du 22 août 1990 portant application de l'article R. 5181 du Code de la Santé Publique⁹ pour le cannabis a servi de référence pendant plus de trente ans. Celui-ci indiquait que sa culture et sa commercialisation (uniquement les fibres et les graines) devaient faire état de test d'échantillonnage inférieur à 0,2 % de THC. Dans ce cadre, l'introduction de nouvelles variétés avait pour objectif de répondre à la liste de son article 2¹⁰. Les fleurs et les feuilles étaient, de fait, exclues. Par cette interdiction, il était impossible de confondre le CBD et le cannabis récréatif, mais le législateur français a toujours laissé la libre possibilité de produire du CBD¹¹.

À compter de 2018 et sans injonction préalable, une circulaire du ministère de la justice obligeait les produits finis de CBD à détenir 0 % de THC¹². Des raisons d'ordre public et de santé publique le considérant comme dangereux pour la santé ont été avancées. Contraire aux directives de l'Union Européenne mentionnant que le CBD n'était pas nocif¹³, ce texte vient raviver le débat. Cette opposition, sans fondement légal et scientifique, a été conduite par une partie de la classe politique. Le pavé étant jeté dans la marre, une succession d'opérations de police dont l'objectif était de saisir les produits illégaux sont déclenchées entraînant de nombreux appels en juridiction.

À titre d'exemple et pour illustrer ces difficultés, une décision du tribunal de Bordeaux « enfuma et enflamma » le débat à la suite d'une enquête de juillet 2018 sur la commercialisation de CBD par un buraliste. La défense acérée a soulevé l'inconventionnalité de l'arrêté de 1990 sur la légalité de la vente de fleurs de CBD en maintenant l'autorisation de vente des produits avec un THC inférieur, à l'époque, à 0,2 %¹⁴. En trois ans, la législation du CBD est remise au centre des préoccupations légales. Une réflexion collective s'engage à son sujet avec pour problématique : « l'absolue nécessité d'une réglementation du commerce du CBD et du cannabis "light" »¹⁵.

Pour comprendre l'action répressive qui sépare les usagers de CBD et ceux du cannabis, il convient, dans un premier temps, de revenir sur les récents rebondissements de l'autorisation de la vente de tous les produits issus du CBD. Ce constat nous permettra, dans un deuxième temps, de distinguer les réelles difficultés du travail quotidien des forces de l'ordre.

I - Le feuilleton juridique récent du CBD

Cette remise en question du positionnement légal de la vente de feuilles et de fleurs de CBD s'effectue dans un contexte de réflexion des autorités sur le commerce du chanvre¹⁶. Outre une des voies jurisprudentielles ouverte en amont, la réflexion sur le CBD est « dopée » par l'arrêt « Kanavape » de la CJUE du 19 novembre 2020¹⁷ jugeant la

8 Depuis 2018, l'INSEE inclut dans le calcul du PIB français, le chiffre d'affaires du trafic de drogue. L'impact sur l'économie est non négligeable puisqu'il est estimé à 2,7 milliards d'euros, soit 0,1 % de la richesse nationale.

9 Arrêté du 22 août 1990 portant application de l'article R. 5181 du CSP pour le cannabis – Abrogé par l'arrêté du 30 décembre 2021 portant l'application de l'article R. 5132-86 du CSP.

10 Arrêté du 24 février 2004 modifiant l'arrêté du 22 août 1990 portant application de l'article R. 5181 du CSP pour le cannabis. Cet arrêté modifia celui de 1990 en ne répétant plus la vérification des pourcentages de THC par système d'échantillonnage.

11 L'État français autorise le CBD mais interdit le cannabis sauf « l'exception du delta 9-tétrahydrocannabinol de synthèse » et « des variétés de cannabis dépourvues de propriétés stupéfiantes ». Article R.5181 (abrogé) CSP.

12 La DACG a adressé une dépêche le 23 juillet 2018 (Régime juridique applicable aux établissements proposant à la vente au public des produits issus du cannabis) à l'ensemble des procureurs généraux et procureurs de la République rappelant les conditions extrêmement strictes du commerce du CBD.

13 En novembre 2017, l'Organisation Mondiale pour la Santé indique que le CBD « ne semble pas présenter de potentiel d'abus, ni être nocif pour la santé ». [https://www.who.int/fr/news-room/questions-and-answers/item/cannabidiol-\(compound-of-cannabis\)](https://www.who.int/fr/news-room/questions-and-answers/item/cannabidiol-(compound-of-cannabis)).

14 Le Tribunal correctionnel de Bordeaux, dans un jugement rendu le 06 septembre 2019 et dans sa décision du 17 mars 2021, a fait droit à la demande d'inconventionnalité. Il a ainsi écarté l'application de l'arrêté du 22 août 1990 en ce qu'il interdit le commerce de fleurs, ce qui a permis ainsi de cantonner les poursuites dirigées contre l'accusé aux seuls produits contenant des taux de THC supérieurs à 0,2% et d'abandonner celles aux fins d'infractions de trafics de stupéfiants.

15 BISIOU Y., In : Dossier Le Cannabiste réalisé en Septembre 2019 par Jean-pierre Ceccaldi. <https://lecannabiste.com/la-relaxe-5-etoiles-pour-me-plouton-a-bordeaux/>

16 Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la mission d'information commune relative à la réglementation et à l'impact des différents usages du cannabis du 28 juin 2021. Celui-ci met en avant l'analyse dans notre société du « chanvre bien-être », du cannabis récréatif et de son usage thérapeutique.

17 CJUE, 4^e ch., 19 nov. 2020, aff. C-663/18.

réglementation française contraire au droit de l'Union européenne obligeant ces autorités à revoir leur position. En effet, une procédure pénale a été engagée en février 2015 contre une société marseillaise vendant du CBD qui avait profité d'un vide juridique existant sur ce produit. Cette dernière a été condamnée en septembre 2015 pour les chefs d'inculpations suivants : trafic de stupéfiants, promotion à l'usage de drogues, pratique illégale de la médecine et de la pharmacie, ouverture illégale d'une officine... Par la suite, en 2018, la Cour d'Appel d'Aix en Provence saisit la CJUE aboutissant à l'arrêt de référence dans le domaine. Suite à ce revirement de situation, d'autres affaires judiciaires ont été contestées. Citons pour exemple, celle du 23 juin 2021 issue d'un arrêt de la Cour d'Appel de Grenoble, relatif à une enquête ayant débuté en janvier 2019. Elle, aussi, a connu dans ses renvois de nombreuses contradictions de jugement¹⁸.

Le récent arrêt de la CJUE additionné à la libre circulation des marchandises dans l'UE fait du CBD un produit autorisé à l'échange. Il fait partie des marchandises autorisées, donc non soumises au contrôle douanier ou à l'interdiction du commerce¹⁹. De fait, le CBD respecte la garantie de sécurité et de santé publique²⁰.

Par obligation de réaction aux directives européennes, la France enjoint un projet d'arrêté en juillet 2021 à la commission européenne²¹. Son objectif est double : valider une protection forte des consommateurs et des producteurs de chanvre et prendre en compte que le CBD n'est pas un stupéfiant. Dans son article 1^{er}, les fleurs sont toujours interdites à la vente aux particuliers mais autorisées pour les agriculteurs accrédités, dès lors qu'il s'agit d'une production industrielle. Suite à trois mois de *statu quo*, la commission européenne émet des recommandations traduites par la France dans l'arrêté du 30 décembre 2021. Notre pays conserve l'illégalité de la vente des fleurs et des feuilles²² aux particuliers mais reste toujours face aux contradictions de l'arrêt Kanavape. Ce cadre toujours sécurisant pour les forces de l'ordre, fixait la limite entre le CBD et le cannabis. Le Conseil d'État s'opposa rapidement à l'exécution de cet arrêté par ordonnance. En audience du 14 janvier 2022, ce dernier affirme qu'aucun élément valable stipulant que les fleurs et les feuilles de cannabis sativa L., dont la teneur en THC est inférieure à 0,30 %, soient nocives pour la santé. Par ce biais, le Conseil d'État statuant en référé estime qu'il existe un sérieux doute quant à la légalité de l'arrêté du 30 décembre 2021. Il souligne également la disproportion brutale de cette décision en le suspendant le 24 janvier 2022. Cette réflexion louable plonge la lutte contre le cannabis dans un flou : comment peut-on, sans engager de test obligatoire, faire la différence entre le CBD et le cannabis dont l'apparence est identique ?

Le 29 décembre 2022, le Conseil d'État, moins d'un an après l'interdiction de la vente de fleurs et de feuilles de CBD en France, revient sur sa décision et autorise ce commerce. Sur le fond, les juges indiquent que l'interdiction totale de vente de ce produit est disproportionnée au regard « des risques de santé publique »²³. Au vu des expertises scientifiques avancées par les requérants, l'ingestion de produits contenant moins de 0,30 % de THC n'est plus ou pas nocive pour la santé²⁴. Cet argument est également renforcé par l'absence possible de trouble à l'ordre public. En outre, selon le Conseil d'État, ce commerce est compatible avec la volonté de freiner la politique de consommation de cannabis puisqu'il existe de nombreux tests peu coûteux et rapides permettant d'en faire la différence. Ce dernier s'appuyant sur deux arguments que sont la légalité scientifique d'absence de nocivité et la répression possible du cannabis valide officiellement la vente des fleurs et des feuilles de CBD. Toutefois, ce dernier item analysé depuis un palais²⁵ n'est certainement pas aussi aisé sur le terrain face aux consommateurs de vrai cannabis prétextant consommer du CBD.

18 Crim., 23 juin 2021, n°20-84.212. Cet arrêt est l'aboutissement d'un premier jugement du Tribunal Correctionnel relaxant le gérant des chefs d'accusation de complicité d'acquisition, détention, offre ou cession non autorisée de produits stupéfiants. Puis face à la procédure d'appel du parquet, en juin 2020, la Cour d'Appel de Grenoble avait infirmé le jugement en déclarant coupable le gérant, qui, à son tour forma un pourvoi en cassation.

19 CJCE, 5 fév. 1981, n° C-50/80, Arrêt Jozsef Horvath contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas.

20 CJCE, 28 mars 1995, Evans Medical e. a., aff. C-324/93, Rec. p. I-563.

21 Projet d'arrêté a été validé et notifié à la Commission européenne le 20 juillet 2021 au titre de la directive 2015/1535 : Arrêté portant application de l'article R. 5132-86 du Code de la Santé Publique pour le cannabis.

22 Arrêté du 30 décembre 2021 portant application de l'article R. 5132-86 du Code de la Santé Publique. L'article 1 – II, il est indiqué clairement : « Sont notamment interdites la vente aux consommateurs de fleurs ou de feuilles brutes sous toutes leurs formes, seules ou en mélange avec d'autres ingrédients, leur détention par les consommateurs et leur consommation ».

23 Paragraphe 18 sur la légalité interne du CBD – Conseil d'État statuant aux contentieux n°444887, 455024, 460291, 460297, 460298, 460324, 460352, 460374, 460379, 461908, 461910, 461911, 461912, 461957, 461975, 14 décembre 2022.

24 Il est possible de s'interroger sur la qualité des analyses scientifiques effectuées sur des rongeurs telles que celle publiée par la Revue Pain : De Gregorio Danilo, McLaughlin Ryan, Posa Luca, Ochoa-Sanchez Rafael, Enns Justine, Lopez-Canul Martha, Aboud Matthieu, Maione Sabatino, Comai Stefano, Gobbi, Gabriella, « Le cannabidiol module la transmission sérotoninergique et inverse à la fois l'allodynie et le comportement anxieux dans un modèle de douleur neuropathique ». Revue PAIN. Volume 160, p. 136-150. Janvier 2019. | DOI : 10.1097/j.pain.0000000000001386 ou encore sur des résultats chiffrés tirés d'analyses basées sur l'auto-déclaration des usagers de CBD : Leas EC, Hendrickson EM, Nobles AL, Todd R, Smith DM, Dredze M, Ayers JW. Self-reported « Cannabidiol (CBD) Use for Conditions With Proven Therapies ». JAMA Netw Open. 2020 Oct 1;3(10):e2020977. doi: 10.1001/jamanetworkopen.2020.20977. PMID: 33057645; PMCID: PMC7563067.

25 Le Conseil d'État siège au Palais-Royal depuis 1799.

II - L'usage problématique du CBD : une remise en question de la répression du cannabis

Dès lors que nous avons passé au crible la légalité entière de la vente de produits CBD et son intégration dans notre société²⁶, nous nous devons d'étudier les difficultés procédurales et pratiques qu'engendre sa ressemblance avec le cannabis. Cette assimilation dans la société du CBD pose des problèmes quant à la définition « d'usage de cannabis ». Elle confond les saisies de petites quantités de CBD avec le cannabis récréatif et de détente²⁷ rentré dans nos mœurs. En conséquence, la fumée opaque du cannabis s'étend à la vente du CBD. L'ambiguïté de cette ressemblance porte préjudice à l'image du CBD et aux actions de police qui sont complexifiées lors des saisies de cette marchandise. Il en est de même lors des contrôles de conduites addictives car en faisant « hiter » les « drug test » le CBD se fait passer pour du cannabis ou inversement.

A) Une modification de la notion de stupéfiants

Cette volte-face du Conseil d'État passe nécessairement par un changement de définition du terme de stupéfiants. Celui-ci indique sur le fond qu'il appartient à l'autorité administrative (Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé) de procéder à ce classement sans entraver les libertés²⁸. Le classement du CBD, feuilles et fleurs incluses, comme produit nuisible par le Conseil d'État entraîne de fait l'autorité administrative à s'adapter à ce nouveau jugement et à revenir sur le terme de stupéfiant qui n'a, depuis 50 ans, aucune définition juridique²⁹. C'est plutôt une énième modification du classement des listes I et II de l'article L. 5132-7 du Code de la Santé Publique. N'oublions pas qu'« un stupéfiant est donc un produit classé comme stupéfiant »³⁰.

B) Les tests de produits THC : une vérification pas si aisée

La principale difficulté concernant la vente libre du CBD réside dans sa séparation avec le cannabis chargé en THC de plus de 0,30 % qui lui est nocif pour la santé³¹. Le coût des tests de drogue et la lourdeur procédurale favorisent le flux du cannabis illégal sous l'égide de son cousin légal. En ce qui concerne les frais des tests de stupéfiants en laboratoire, dès lors qu'il est découvert du cannabis (que les forces de l'ordre interprètent comme étant de la drogue) sur la voie publique ou non, un échantillonnage est effectué pour valider l'appartenance du produit à la liste de stupéfiants. Deux ou trois scellés sont ainsi effectués par les forces de l'ordre en marge de la saisie totale des produits : l'un suivra la procédure³², un autre sera transmis aux laboratoires pour expertise soumise à l'autorisation du magistrat. Un troisième est utilisé en cas de contre-expertise du deuxième en vue de s'assurer de la bonne preuve³³. Ceux-ci ne font même pas un gramme et le coût de leur analyse se chiffre à 216 euros HT³⁴. De plus, la pesée des produits et le placement sous scellé doivent être effectués en présence constante³⁵ du mis en cause³⁶ et contre-signés par celui-ci^{37,38}. Cette pratique est plus particulièrement effective lors des grosses quantités de cannabis et soumise à autorisation du magistrat. Face à une consommation exponentielle de CBD dans la société, la justice ne possède pas

26 Les sociétés de vente de CBD, outre les chaînes commerciales connues, s'installent même dans les marchés traditionnels à côté des fruits et des légumes.

27 Selon l'Observatoire Français des Drogues et Toxicomanie, en 2020, en France, 46,1 % des adultes âgés de 18 à 64 ans déclarent avoir déjà consommé du cannabis au cours de leur vie. <https://www.ofdt.fr/produits-et-addictions/de-z/cannabis/>.

28 Décision n° 2021-960 QPC du 7 janvier 2022. Association française des producteurs de cannabinoïdes [Définition de la notion de stupéfiant dans le régime des substances vénéneuses].

29 Dans les années cinquante, les termes de plantes et substances vénéneuses permettent de mettre en place une interdiction de produits dits néfastes pour la société. GIOANNI P. « Substances vénéneuses ». Juin 2020. [Dalloz Etudiants]. Répertoire de droit pénal et de procédure pénale. <https://www.dalloz-fr.docelec.u-bordeaux.fr/documentation/Document?id=ENCY/PEN/RUB000298>.

30 BISIYOU Y., « Qui perd gagne : vers une définition des stupéfiants ? ». 31 janvier 2022. [Dalloz Etudiants]. <https://www.dalloz-fr.docelec.u-bordeaux.fr/documentation/Document?id=ACTU0211022>.

31 Colorado Department of Public Health and Environment. Monitoring Health Concerns Related to Marijuana in Colorado:2020. https://johnnysambassadors.org/wp-content/uploads/2021/02/Monitoring-Health-Concerns-Related-to-Marijuana-in-Colorado_FINAL_1.22.2021.pdf

32 Art. 706-30-1 al. 1 CPP

33 Art.427 CPP : «Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction. Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui».

34 Mémoire de frais de justice des laboratoires d'analyses toxicologiques. Direction des Services Juridiques – SDFIP– FIP4. Ministère de la justice. Mise à jour du 30 mars 2022.

35 Crim., 31 octobre 2017, n°17-80.872.

36 Art. 706-30-1 CPP

37 Le mis en cause signe un carton de scellé. Il s'agit d'un carton indiquant le numéro de procédure, le nom du dossier, son contenant et la signature de l'OPJ.

38 Ou de deux témoins ou de personnes désignées.

le budget nécessaire³⁹ permettant de tester l'ensemble des saisies (notamment les petites) et elle sursoit aux poursuites dès lors que la personne maintient que le produit est licite et classe la procédure pour absence d'infraction⁴⁰. Il est alors plus simple et pragmatique de se tourner vers les tests simplistes des forces de l'ordre en raison d'un prix avoisinant les 10 euros⁴¹. Mais ces derniers moins onéreux ne confèrent pas une assise scientifique.

Cet envol des frais de justice est couplé à la lourdeur de la procédure de stockage des scellés. En effet, la conservation d'échantillonnage est obligatoire pour la bonne administration de la preuve⁴² sans porter atteinte aux droits du mis en cause⁴³.

C) L'Amende Forfaitaire Délictuelle pour usage de stupéfiants et le CBD : est-ce vraiment si simple ?

Depuis septembre 2020⁴⁴ est apparu un nouveau mode de répression des usagers de stupéfiants : l'Amende Forfaitaire Délictuelle⁴⁵ dite AFD stup⁴⁶. Il s'agit d'une nouvelle difficulté évidente relative à la vente libre de CBD pour les citoyens et les forces de police. Dès lors qu'il est découvert un produit ressemblant à du cannabis (odeur et aspect) sur une personne, celle-ci est verbalisée⁴⁷. Ce processus est rendu très simple par les outils électroniques puisque, depuis leur smartphone de service, les forces de l'ordre peuvent verbaliser cette infraction. Dans ce process, l'agent verbalisateur est tenu de mentionner la saisie. Cependant, il n'est pas fait état d'une obligation de traçabilité quant à sa destruction⁴⁸. Cette opération judiciaire ne prend en compte que les petites quantités de produits destinées à l'usage⁴⁹. Certains usagers présentent le produit d'emballage issu d'une boutique de CBD pour convaincre de leur bonne foi. L'agent verbalisateur sur la voie publique ne dispose pas sur lui de la mallette de test rapide qui ne différencie pas non plus clairement le CBD et le cannabis. Ces usagers sont alors tenus de faire une réclamation⁵⁰, ce qui renvoie la procédure pour usage au parquet du lieu du contrôle (lieu des faits) telle une procédure de poursuite d'enquête. Le parquet de son côté, déjà submergé, ne va pas poursuivre l'enquête dès lors que les produits sont potentiellement détruits.

D) Les conduites addictives et « Drug tests » positifs au CBD

Dans *la même veine* que la répression par AFD, la difficulté du commerce du CBD se trouve dans l'argumentaire de défense des usagers de la route⁵¹ consommant du cannabis qui font l'objet d'un « Drug test »⁵² à l'instar d'un

39 Le budget de la justice en 2023 augmentera de 8 % pour la troisième année et atteindra 9,57 milliards d'euros. Cette somme est partagée entre la justice judiciaire et l'administration pénitentiaire. Pour autant ces augmentations ne satisfont ni les syndicats, ni les usagers.

40 Communément appelé classement 21. Si le produit saisi est du CBD, il n'y a pas d'éléments matériel et moral de la constitution d'une infraction car c'est un produit légal.

41 Les tests faits par les forces de l'ordre réagissent sur des buvards, ou des goûtes liquides. Ils font apparaître une couleur synonyme de positivité ou non du produit testé. Le site internet de la société ISIS ANALYTICS qui fournit les unités de sécurité publique affiche un coût 13 euros par unité (Sources ouvertes). Les forces de sécurité ne sont pas encore livrées de tests permettant la différenciation entre CBD et cannabis. Cependant, cette société en commercialise au tarif de 3 euros supplémentaires.

42 Crim., 16 décembre 2020, n°20-83.377.

43 Art. 99-2 al.4 et 5 et art. 41-5 CPP.

44 L'amende forfaitaire délictuelle étendue à la répression de l'usage illicite de stupéfiants est issue de la loi n°2019-22 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de la réforme de la justice. Des parquets « tests » avaient été désignés à compter du 16 juin 2020 pour être généralisés au 1^{er} septembre 2020 à l'échelle nationale.

45 Natif 180 – Usage illicite de stupéfiants, prévue par les articles L.3421-1 al.1 et L.5132-7 du Code de la Santé Publique et l'arrêté ministériel du 22 février 1990, réprimé par les articles L.3421-1 et s., L.3425-1 du CSP et 222-49 al.1 du Code pénal.

46 L'AFD n'a pas été créée que pour les stupéfiants. C'est un mode répressif mentionné aux articles 495-17 du CPP et suivants. L'action publique s'éteint dès que le règlement de l'amende est effectif. A l'origine, les sanctions concernent les contraventions routières, mais ces modalités se sont étendues à l'usage de stupéfiants ou à l'occupation de hall d'immeuble.

47 L'usage illicite de stupéfiants, constaté par les forces de l'ordre par procès-verbal électronique (PVE), est sanctionné d'une amende forfaitaire de 200 €. Le montant de l'amende est ramené à 150 € si elle est payée dans les 15 jours, et majoré à 450 € si elle n'a pas été payée dans les 45 jours.

48 Il est demandé de renseigner sur le smartphone des forces de l'ordre si la personne consent à la destruction. Cette opération doit être effectuée devant elle. De plus, une pesée contradictoire est réalisée devant le contrevenant. Une description du produit est demandée, pour le cannabis : couleur verdâtre, herbe ou résine, conditionnement (grinder, sachet...).

49 L'AFD est soumise à de nombreuses contraintes. Elle doit être délivrée sur la voie publique et les mineurs n'y sont pas soumis. En outre, les autres difficultés les plus connues sont qu'une AFD est non cumulable avec d'autres infractions liées aux stupéfiants, mais aussi inapplicable si plusieurs produits sont découverts, ou si plusieurs AFD apparaissent et si les quantités de produits font l'objet de plafond : 10 gr de cocaïne et 50 grammes de cannabis ramenés dans certains parquets à 5 grammes et 20 grammes.

50 Service de l'Agence de Traitement Automatisé des Infractions (ANTAI) sise à Rennes.

51 Outre les cas obligatoires de contrôle d'usage de produits stupéfiants lors des accidents (art. L235-4 du Code de la Route), les forces de l'ordre peuvent soumettre à un « Drug test » le conducteur qui semble avoir fait usage de drogues (et d'initiative/sous contrôle OPJ, comme pour l'alcoolémie). Ici, on ne parle pas d'emprise ou d'empire (comme pour l'alcool) mais de présence (et non de positivité) de drogue. La sémantique est importante.

52 Art. L235-1 Code la Route. Situés au chapitre 5 « Conduite après usage de substances ou plantes classés comme stupéfiants » du titre 3 « Comportement du conducteur », les articles L235-1 à 5 font état des conditions du contrôle et des sanctions par peines principales et complémentaires.

contrôle alcoolémie⁵³. Il est de plus en plus mis en avant en vue d'échapper aux sanctions, notamment de retrait de points et de suspension du permis de conduire, que les tests positifs sont dus à une consommation de CBD ou que les tests des forces de l'ordre ne sont pas valides⁵⁴. Ces contestations sont nombreuses⁵⁵. Et pour cause, comment différencier le taux de THC dans des tests binaires : positif ou négatif. Dès lors qu'il y a du THC, même en faible quantité les tests réagissent. Ce constat est synonyme de poursuite. Les tests les plus utilisés sont les Dragër Testdrug ou DrugWipe-5S® d'un coût au détail d'environ 10 euros pour les particuliers et d'un tarif diminué pour les forces de l'ordre, à savoir 7,03 euros⁵⁶. A cet écueil s'ajoute la possibilité de ne plus être sous les effets du produit (au moment du contrôle) mais dont les traces pouvant rester dans la salive⁵⁷ ou dans l'organisme en cas d'un refus de se soumettre⁵⁸. Ces tests ne permettent pas au CBD de partir *sur les bons rails* quant à la potentielle facilité de commercialisation puisque son usage revendiqué comme « bien-être » se transforme dans ce résultat par la perte d'un permis de conduire parfois lourd de conséquence sociale. En pratique lors d'un contrôle routier, il est expliqué à un usager positif au « Drug test » qu'il a la possibilité de contester le contrôle positif par une expertise prévue par un échantillonnage de salive⁵⁹ ou par prise de sang immédiate (deux tubes)⁶¹ (en cas de contestation la prise de sang dispose d'une valeur supérieure⁶²). Celui-ci dispose de cinq jours après les résultats de cette prise de sang⁶³ pour demander au procureur de la République une expertise plus poussée (un examen technique ou à une expertise en application des articles 60, 77-1 et 156 du CPP) de son 2ème tube de sang. De plus, la prise de sang n'est pas obligatoire et la justification peut être faite avec uniquement l'analyse de salive. Sur la réquisition au laboratoire, les forces de l'ordre font une simple mention : distinction à faire entre le CBD et le cannabis récréatif. Les techniques de laboratoires ont la possibilité de faire la différence avec le prélèvement de salive. Ces voies de recours ne sont que peu dénoncées par les articles de journaux mentionnant les écueils des contrôles de police sur les consommateurs de CBD usagers de la route. Il serait alors intéressant de regarder du côté de nos voisins belges et allemands qui avec des tests salivaires plus onéreux peuvent différencier le taux de THC dans une certaine quantité de salive⁶⁴. Là encore « le mur de l'argent » n'oriente pas correctement le consommateur français. De plus, et pour alimenter le flou du CBD et ses répercussions sur les usagers de la route, quelques analyses scientifiques s'autorisent à indiquer que le CBD peut avoir des effets de somnolences⁶⁵ et ne recommandent pas de consommer du CBD avant de conduire.

53 Impulsée par PERBEN 1, sanctionnée par la loi n° 2003-87 du 3 février 2003 relative à la conduite sous l'influence de substances ou plantes classées comme stupéfiants, élargies par les lois n° 2003-495 du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière et n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, ce type de contrôle est né d'une volonté politique de faire face à une accidentologie désastreuse en France.

54 Sans citer les marques ou les laboratoires produisant ces tests, la plupart sont fiables. Toutefois, les conditions de stockage, les conditions climatiques et leurs applications peuvent influencer le résultat. Par temps froid, il faut plus de temps pour que le réactif marque un franc résultat. Ces tests peuvent induire en erreur (sans tenir de chiffre précis) : faux positif ou faux négatif, c'est alors qu'interviennent les tests en laboratoire.

55 La presse locale et nationale s'est emparée de ce sujet, pour exemple : « En Mayenne, ce conducteur perd son permis après avoir consommé du CBD ». https://actu.fr/pays-de-la-loire/chateau-gontier-sur-mayenne_53062/en-mayenne-ce-conducteur-perd-son-permis-apres-avoir-consomme-du-cbd_55613473.html.

56 SAELMI : Service de l'Achat, de l'Innovation et de la Logistique du Ministère de l'Intérieur.

57 Sans référence précise, un individu testé positif au cannabis par « drug test » peut l'être après avoir consommé le produit il y a 24 heures. Par transposition, le CBD peut faire le même effet puisque contenant du THC.

58 Art. L.235-2 Code de la Route. Dès lors qu'un individu refuse un test de dépistage alcoolémie ou stupéfiants, il appert une possibilité de recourir à une analyse sanguine par prise de sang (plus précise). Le refus de se soumettre aux tests ou à l'analyse sanguine est un délit puni de deux ans, 4 500 euros d'amende et la perte de 6 points sur le permis de conduire.

59 Art. R235-3 et 4 Code de la Route. Arrêté du 13 décembre 2016 fixant les modalités du dépistage des substances témoignant de l'usage de stupéfiants, et des analyses et examens prévus par le code de la route et abrogeant l'arrêté du 5 septembre 2001 modifié fixant les modalités du dépistage des substances témoignant de l'usage de stupéfiants, et des analyses et examens prévus par le code de la route. L'article 1 de l'arrêté fait part que dans la salive du contrevenant il est recherché l'usage de stupéfiants des 4 grandes familles : cannabiniqes, amphétaminiques, cocaïniqes, opiacés.

60 Le prélèvement salivaire, après avoir été positif aux tests énoncés de type Dragër Testdrug ou DrugWipe-5S®, l'usager fait l'objet d'un autre prélèvement salivaire destiné aux analyses de confirmation qui est collecté à l'aide d'un écouvillon de type FLOQSwab®. Les tests initiaux peuvent être aussi analysés. Dans les laboratoires, les matrices salivaires ou sanguines, respectivement pour une confirmation cellulaire de la salive et une contre-expertise sanguine, font l'objet d'un prix similaire autour d'une centaine d'euros.

61 Art. R235-6 I et II Code de la Route. Un médecin est requis pour faire une prise de sang à l'instar d'une conduite sous alcoolémie. Si par habitude, l'infirmière effectue la prise de sang, ce système est de plus en plus attaqué devant les tribunaux en citant le nom de l'infirmière ou en la filmant lors de son acte.

62 Le THC dans le sang ne reste que quelques heures après ingestion et 3 à 4 jours dans les urines pour un consommateur occasionnel selon https://www.tabac-info-service.fr/questions-reponses/04_questions-mises-en-ligne/combien-de-temps-le-cannabis-reste-t-il-dans-le-sang.

63 Art. R.235-11 Code de la Route.

64 https://www.francetvinfo.fr/sante/cbd/cannabis-la-decision-du-conseil-d-etat-sur-le-cbd-va-t-elle-entrainer-une-evolution-des-depistages-routiers_5576412.html

65 www.permisapoints.fr.

L'observation des usagers habituels de cannabis prétextant avoir consommé du CBD semble se banaliser. Leur défense est basée par une mise en avant des analyses sanguines en amont et en aval du contrôle couplé à des factures de boutiques de CBD pour s'opposer à la positivité du test⁶⁶.

E) Pour finir : les envois de CBD par colis postaux

La dernière difficulté procédurale identifiée de l'introduction de CBD dans le commerce légal, concerne son acheminement par voie postale. Si le confinement a été l'occasion de diversifier les chemins d'approvisionnement des usagers de cannabis, il a vu également « la bataille » juridique entre l'État français et les personnes vivants du commerce du CBD. Pour pouvoir intercepter des colis dans un tri postal, il convient d'être dans une certaine « duplicité » juridique. Dans la procédure pénale traditionnelle, l'ouverture d'un colis rentre dans le domaine de la vie privée et dépend des interceptions de correspondance ou plus vulgairement des écoutes téléphoniques⁶⁷. De manière détournée, un contrôle coordonné avec les douanes⁶⁸ muni d'un chien spécialisé dans la recherche de stupéfiants permet de collecter les colis contenant du cannabis ou du CBD des autres. Là encore les tests rapides de drogue doivent être utilisés pour différencier le CBD. Dans ces cas également, une différence subsiste car le pochon de CBD qui est « scellé » par la boutique de CBD est aussi muni d'une facture. Ce sont ces éléments qui orientent les enquêteurs pour différencier les deux produits. Dans un monde de plus en plus virtuel et impersonnel, la livraison à domicile de cannabis s'est démocratisée. Ce fonctionnement s'est mis en route en même temps que la vente de CBD par internet, qui représente la majorité des ventes de ces enseignes et vient troubler les deux « business » qui s'entrecroisent dans leur commerce en ligne et en livraison.

La France est le producteur européen phare de CBD⁶⁹. Depuis, ces dix dernières années, les boutiques vendant ce produit se sont démultipliées⁷⁰ jusqu'à susciter de nombreuses interrogations⁷¹. Pour autant, à l'instar du tourisme de la drogue légal aux Pays-Bas, les français ne fréquentent pas aussi facilement ces lieux de vente. Ils favorisent les achats dématérialisés. A ce titre, les enseignes les plus répandues fonctionnent ainsi : le consommateur peut acheter du CBD sur le site de la franchise ou directement sur le site de la boutique de sa commune. Ce système de vente par internet, plus discret, n'entraîne pas la provocation à l'usage de cannabis et les boutiques de CBD ne sont pas taxées de commerce agressif. Le chiffre d'affaires du CBD, en dépassant le milliard d'euros, oblige l'État à ne pas se priver de cette manne financière. Mais alors, quel organisme étatique ira vérifier la légalité⁷² des produits des 2 000 enseignes ? Et quels tests « dit rapides », par le Conseil d'État, seront utilisés par les forces de l'ordre ?

Le CBD plonge la France dans un nouveau rapport légal aux « drogues douces »⁷³ à l'instar de l'alcool, du tabac, voire du sucre. L'autorisation de commercialisation totale du CBD vient davantage noyer le pays dans une nouvelle difficulté de lutte contre les usages de stupéfiants. Malgré la volonté de certains politiques de dissocier le CBD du cannabis, par l'interdiction de la vente de fleurs et de feuilles de CBD, la complexité de la procédure pénale rend difficile cette distinction. A cela s'ajoute une justice et des forces de sécurité intérieure faiblement armées pour construire une différence claire sur le terrain. La France se laisse, alors, déborder par un intérêt mercantile. L'avenir nous indiquera si ces choix ont été fait au détriment de la santé des consommateurs de cannabis moins inquiétés sous le couvert de la légalité du CBD.

66 Des avocats spécialisés en droit de la route motivent les clients à apporter la preuve (par tous les moyens) de leur consommation de CBD lors du jugement.

67 Art. 706-95 du CPP : « Des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications. »

68 Art. 60 Code des douanes : « Pour l'application des dispositions du présent code et en vue de la recherche de la fraude, les agents des douanes peuvent procéder à la visite des marchandises et des moyens de transport et à celle des personnes ». Cet article est remis en question par une décision n° 2022-1010 QPC du 22 septembre 2022, le Conseil constitutionnel l'a déclaré contraire à la Constitution. Son abrogation (sa réécriture) est reportée au 1^{er} septembre 2023.

69 La France est le premier producteur européen de chanvre. L'augmentation des terres relative à sa culture a été multipliée par 4,5. <https://www.cbdactu.fr/le-cbd-en-chiffres/>.

70 2000 boutiques de CBD sont répertoriées en France. Les 2/3 ont vu le jour en 2021. Ce sont des boutiques dédiées, pas des buralistes ou des pharmaciens. Si l'arrivée de la légalité des produits interdits comme la fleur a fait exploser la demande recherchant la consommation légale de THC, le marché a tendance à s'inverser et continuer sa dynamique par les produits dérivés tels que les huiles et les tisanes. 6 millions de français ont indiqué en avoir consommé.

71 Par comparaison, en France, il existe 1 495 enseignes de restauration rapide de type Mc Donalds soit 500 de moins que les boutiques de CBD. <https://fr.statista.com/statistiques/508757/restaurants-mcdonalds-france/#:~:text=En%202020%2C%20on%20d%C3%A9nombr%C3%A9%201.495,suppl%C3%A9mentaires%20par%20rapport%20%C3%A0%202019.>

Lors de mes contacts avec les vendeurs de boutiques de CBD, ceux-ci m'indiquaient que mêmes les étrangers étaient contents de pouvoir venir dans une boutique de CBD car leurs pays n'avaient pas développé cette vente.

72 *Quid* des lots défectueux vendus avec du THC supérieur à 0,30 % ou encore des produits achetés dans d'autres pays qui n'ont pas les mêmes restrictions.

73 SÉNAT. Rapport d'information n° 699 (2010-2011) de M. Gilbert BARBIER, sénateur et Mme Françoise BRANGET, député, fait au nom de la Mission d'information sur les toxicomanies, déposé le 30 juin 2011. Les termes de drogues dures et douces sont apparus dans les réglementations internationales en vue d'en différencier le traitement pénal et les risques encourus pour la société. Pour les addictologues, la dépendance et de l'abus permettent de les catégoriser ainsi.

« Les procès filmés : l'évolution du droit »

Par Charlotte Claverie-Rousset

Professeur à l'Université de Bordeaux, ISJ (UR 4633)

À l'occasion de la Nuit du droit, était organisée le 4 octobre 2022 par l'École Nationale de la Magistrature en partenariat avec la Cour d'appel de Bordeaux, une conférence-débat portant sur les procès filmés.

Nathalie RORET, directrice de l'ENM, a pu y accueillir : Madame Isabelle GORCE, première présidente de la Cour d'appel de Bordeaux ; Monsieur Pierre-Yves COUILLEAU, Procureur général près la Cour d'appel de Bordeaux ; Madame Agnès VATICAN, directrice des archives départementales de la Gironde ; Maître Bertrand FAVREAU, ancien bâtonnier, avocat de partie civile au procès Papon ; Monsieur Christian DELAGE, professeur des universités en histoire ; et Madame Martine SIN BLIMA BARRU, conservatrice du patrimoine, commissaires de l'exposition « le sens historique des procès filmés ».

Après la diffusion de trois films issus de l'exposition aux archives départementales (Nuremberg, Klaus Barbie, Maurice Papon), les différents intervenants ont pu prendre la parole pour apporter leur éclairage sur les procès filmés. Est ci-après retracée l'évolution du droit telle que présentée à cette occasion, sans vocation à l'exhaustivité.

Au-delà de la possibilité pour tout un chacun de venir assister à une audience publique dans les locaux d'un tribunal ou d'une Cour, la question de la retranscription et de l'enregistrement des débats judiciaires est ancienne. Naturellement elle est très liée à l'évolution des techniques d'enregistrement (magnétophone, enregistrement vidéo, etc). Mais elle est aussi liée à la place qu'occupe le droit à l'information dans notre société, ainsi qu'à la relation de confiance ou de méfiance/défiance qui unit la justice et les justiciables. Autant de paramètres qui expliquent l'évolution de la législation sur la question.

À l'origine, la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ne prévoit aucune interdiction, de sorte que les journalistes peuvent librement accéder aux prétoires. Cela leur permet de rédiger et de publier des articles dans la presse écrite ou de procéder à des enregistrements en vue d'une radiodiffusion. Seule une atteinte à la sérénité des débats peut justifier leur exclusion, décidée par le président qui assure la police de l'audience. Par la suite, cette philosophie laisse place en 1954 à une interdiction de l'enregistrement des audiences (I). Trente ans plus tard, une exception est instaurée, consistant en la possibilité dès 1985 d'enregistrer et de diffuser des audiences mais uniquement à des fins de constitution d'archives historiques (II). C'est seulement depuis 2021 que l'enregistrement et la diffusion à d'autres fins est possible, en l'occurrence pour des motifs d'ordre pédagogique, informatif, culturel ou scientifique (III).

I - L'interdiction de l'enregistrement des audiences à partir de 1954

Après la seconde guerre mondiale, deux circulaires marquent le point de départ d'une hostilité croissante à l'égard des enregistrements sonores et audiovisuels et mettent en péril la liberté consacrée par la loi de 1881. D'abord une circulaire du 6 juillet 1949 recommande aux présidents des cours d'assises, des tribunaux de grande instance et aux juges de paix de ne pas se prononcer en faveur de la radiodiffusion des débats judiciaires. Ensuite, une circulaire du 20 janvier 1953 retient que la seule présence dans la salle d'audience ou ses dépendances des installations nécessaires à la radiodiffusion, à la cinématographie ou la télévision cause un trouble qui ne peut être toléré. À cette période en effet, on constate de plus en plus d'incidents dans les juridictions, liés à la présence accrue des journalistes dans les salles d'audiences pour certaines affaires, pénales notamment. Le développement de la télévision n'y est bien sûr pas étranger. Des débordements sont par exemple relevés lors procès de Gaston Dominici en novembre 1954, ce qui entraîne une réaction rapide du législateur avec la loi n°54-1218 du 6 décembre 1954. Elle prévoit purement et simplement l'interdiction de l'enregistrement des audiences, dans l'objectif de préserver la sérénité et la dignité des débats judiciaires.

Plus précisément la loi de 1954 modifie la loi non codifiée du 29 juillet 1881, en son article 39. Pendant le cours des débats et à l'intérieur des salles d'audience des tribunaux administratifs ou judiciaires, l'emploi de tout appareil d'enregistrement sonore, caméra de télévision ou de cinéma, est interdit. Sauf autorisation donnée à titre exceptionnel par le garde des sceaux, ministre de la justice, la même interdiction est applicable à l'emploi des appareils photographiques.

La création du Code de procédure pénale en 1958 donne l'occasion de reproduire ce texte dans l'article 308 relatif à la cour d'assises – puisque ce sont les procès criminels qui retiennent le plus l'attention des journalistes, des auditeurs de radio et des téléspectateurs. La même interdiction figure en matière correctionnelle à l'article 403. Est interdit, sous peine d'une amende de 300 à 90 000 francs, l'emploi de tout appareil d'enregistrement ou de diffusion sonore, de caméra de télévision ou de cinéma, d'appareils photographique, dès l'ouverture de l'audience.

La loi n° 81-82 du 2 février 1981 *renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes* opère quant à elle deux changements. Premièrement, les règles d'enregistrement sonore des procès d'assises sont modifiées. L'enregistrement sonore repose sur une décision du président prise soit d'office soit à la demande du ministère public ou des parties. Ainsi, l'utilisation de l'enregistrement est bien encadrée : l'enregistrement sonore peut être utilisé devant la cour d'assises, jusqu'au prononcé de l'arrêt. Il peut aussi être utilisé devant la Cour de cassation saisie d'une demande en révision, ou, après cassation ou annulation sur demande en révision, devant la juridiction de renvoi, en ce qui concerne les déclarations faites par des personnes qui ne peuvent plus être entendues. Il ressort clairement de ces dispositions que les enregistrements n'ont pas vocation à être diffusés au grand public. Deuxième changement réalisé en 1981 : la création d'un article 38 *ter* dans la loi 29 juillet 1881, selon lequel, sur demande présentée avant l'audience, le président peut autoriser des prises de vue quand les débats ne sont pas encore commencés et à la condition que les parties ou leurs représentants et le ministère public y consentent. Là en revanche, il s'agit de pouvoir fixer des images des protagonistes du procès, mais il ne s'agit pas d'enregistrement sonore ou audiovisuel.

II - L'autorisation exceptionnelle d'un enregistrement à des fins d'archives historiques à partir de 1985

L'évolution majeure concernant l'enregistrement des audiences tient à la loi Badinter n° 85-699 du 11 juillet 1985 tendant à la constitution d'archives audiovisuelles de la justice, ainsi qu'à son décret d'application du 15 janvier 1986. Selon les nouvelles règles, aujourd'hui codifiées aux articles L. 221-1 et suivants du Code du patrimoine, les audiences publiques devant les juridictions de l'ordre administratif ou judiciaire peuvent faire l'objet d'un enregistrement audiovisuel ou sonore lorsque cet enregistrement présente un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice. Différentes normes viennent encadrer cette possibilité. D'abord, est prévue la nécessité d'une autorisation préalable par l'autorité juridictionnelle compétente, par exemple le premier président de la cour d'appel pour toute juridiction de son ressort. Par ailleurs, la juridiction doit recueillir au préalable les observations des parties et l'avis de la commission consultative des archives audiovisuelles de la justice. Ensuite, la communication de l'enregistrement à des fins historiques ou scientifiques n'est possible que lorsque l'instance a pris fin par une décision devenue définitive. Quant à la reproduction ou la diffusion, elle est subordonnée à une autorisation accordée par ordonnance motivée du président du tribunal judiciaire de Paris ou par le juge qu'il délègue à cet effet, après que toute personne justifiant d'un intérêt pour agir a été mise en mesure de faire valoir ses droits ; elle ne devient libre qu'après cinquante ans. Lorsqu'elle est réalisée, la diffusion ne donne lieu à aucune occultation des éléments d'identification des personnes filmées – contrairement à la possibilité d'occultation prévue aujourd'hui dans le dispositif applicable depuis la loi de 2021.

Dans le prolongement de la loi Badinter et dans l'intérêt de public, la loi n°90-615 du 13 juillet 1990 dite Gayssot, favorise la diffusion rapide des enregistrements s'agissant des procès en matière de crimes contre l'humanité. En effet, la reproduction ou la diffusion, intégrale ou partielle, de l'enregistrement des audiences de tels procès peut être autorisée dès qu'ils ont pris fin par une décision devenue définitive. La loi n°2019-222 du 23 mars 2019 étend cette règle aux procès en matière de terrorisme, ce qui explique par exemple la diffusion rapide des procès des attentats de Charlie Hebdo, de Montrouge et de l'Hyper Casher.

La question de la conformité de l'ensemble de ce dispositif au bloc de constitutionnalité a été posée au Conseil constitutionnel. Dans sa décision n°2019-817 QPC, il estime que le dispositif en vigueur n'est pas contraire à la Constitution ; il retient notamment que l'atteinte portée par l'article 38 *ter* à l'exercice de la liberté d'expression et de communication est nécessaire, adaptée et proportionnée aux objectifs poursuivis, et qu'il est loisible au législateur de lever cette interdiction ou de lui apporter des dérogations.

Selon une étude parlementaire, depuis l'adoption de la loi de 1985, quatorze procès ont été filmés notamment ceux de Klaus Barbie, de Maurice Papon, d'Augusto Pinochet, ou d'AZF¹. Cette étude relève par ailleurs que « malgré ce cadre particulièrement strict, des autorisations sont données en dehors du cadre légal par les autorités judiciaires d'enregistrer des débats, soit pour des films, soit pour des reportages ayant pour destinataire le grand public. A titre d'illustration, en 2019, 53 demandes de captation d'audience faites par un média sur 261 demandes ont été adressées à la direction des services judiciaires puis renvoyées aux cours d'appel, et ont fait l'objet d'une autorisation exceptionnelle des chefs de cour ; un cadre conventionnel garantissant le visionnage technique précédant la diffusion pour veiller notamment au respect de l'anonymat des parties présentes à l'audience est par ailleurs fixé. De

¹ Etude d'impact du projet de loi « confiance dans l'institution judiciaire », 2021.

nombreuses autres autorisations sont par ailleurs délivrées directement par les chefs de juridiction sans avoir transité par le ministère de la justice ». Le besoin de transparence et de communication sur le fonctionnement de la justice se fait de plus en plus pressant.

III. L'élargissement des cas d'enregistrement et de diffusion des audiences à des motifs d'ordre pédagogique, informatif, culturel ou scientifique depuis 2021

Plusieurs normes sont à l'origine du dernier changement : la loi ordinaire n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire assortie de son décret d'application n°2022-462 du 31 mars 2022, mais aussi la loi organique n° 2021-1728 du 22 décembre 2021 pour ce qui est des dispositions applicables à la Cour de justice de la République.

La mesure phare réside dans la création d'un article 38 *quater* au sein de la loi du 29 juillet 1881. Ce texte prévoit que par dérogation au premier alinéa de l'article 38 *ter*, l'enregistrement sonore ou audiovisuel d'une audience peut être autorisé, pour un motif d'intérêt public d'ordre pédagogique, informatif, culturel ou scientifique, en vue de sa diffusion. L'objectif est d'assurer une plus grande transparence de la justice, mieux faire connaître et comprendre son fonctionnement afin de restaurer la confiance du justiciable dans cette institution.

S'agissant du champ d'application de cette règle, il est particulièrement large et concerne toutes les audiences, qu'il s'agisse des juridictions administratives, financières ou judiciaires. Concernant ces dernières, tant les instances civiles que pénales sont concernées, y compris pour les audiences intervenant au cours de l'enquête ou de l'instruction (devant le juge d'instruction, le juge des libertés et de la détention etc).

La procédure repose sur une autorisation préalable. En effet, la demande d'autorisation d'enregistrement d'une audience en vue de sa diffusion est adressée au garde des Sceaux, et précise le motif qui la justifie. Dès réception de la demande, le garde des Sceaux la transmet à l'autorité compétente (par exemple le premier président de la cour d'appel) qui doit se prononcer dans un délai de 45 jours, étant précisé que le silence vaut décision de rejet.

Concernant l'enregistrement

Diverses garanties sont prévues pour concilier tous les intérêts en présence. Par exemple, les modalités de l'enregistrement ne doivent pas porter atteinte ni au bon déroulement de la procédure et des débats, ni au libre exercice de leurs droits par les parties et les personnes enregistrées, dont la confidentialité des échanges entre l'avocat et son client.

Un des points les plus sensibles concerne le consentement des parties à l'enregistrement. Le dispositif distingue ainsi trois cas différents. Premièrement, lorsque l'audience est publique et qu'aucune partie n'est un majeur protégé ou un mineur, aucun accord préalable n'est requis. Deuxièmement, en revanche, lorsque l'audience n'est pas publique, l'accord préalable des parties doit être recueilli. Troisièmement, dans la même logique, lorsqu'un majeur protégé ou un mineur est partie à l'audience, l'accord des parties est également nécessaire. Pour le majeur protégé, le consentement est donné par le majeur lui-même s'il est apte à exprimer sa volonté (sous curatelle par exemple), sinon par la personne qui le représente (tuteur). Pour le mineur, le consentement est donné par le représentant légal ou l'administrateur *ad hoc*. Concrètement, l'accord est recueilli par le bénéficiaire de l'autorisation d'enregistrement au moyen d'un formulaire fixé par le décret d'application. L'accord ne peut faire l'objet d'aucune contrepartie, notamment financière.

Concernant la diffusion

Là encore le législateur a tâché de ménager les intérêts en présence. D'abord, la diffusion est accompagnée d'éléments de description de l'audience et d'explications pédagogiques et accessibles sur le fonctionnement de la justice ; c'est là tout l'objectif de vulgarisation énoncé par le gouvernement. Dans son avis du 8 avril 2021 sur le projet de loi, le Conseil d'État avait d'ailleurs souscrit à cette évolution visant à mieux faire connaître des citoyens l'activité de la justice, dont les décisions sont rendues « au nom du peuple français ». Il observe que l'enregistrement et la diffusion des audiences sont permis dans de nombreux pays, et qu'en France, comme l'indique l'étude d'impact, s'est développée devant les juridictions judiciaires, en dehors du cadre légal, la pratique d'autorisations d'enregistrer des débats, notamment pour des reportages à la télévision.

En outre, selon la loi, la diffusion est réalisée dans des conditions ne portant atteinte ni à la sécurité, ni au respect de la vie privée des personnes enregistrées, ni au respect de la présomption d'innocence. Concrètement, cela passe principalement par la question du consentement des parties à la diffusion de l'image et des éléments d'identification, qui est un consentement distinct de celui à l'enregistrement. L'accord des justiciables pour la diffusion de leur image, de leur nom etc, doit être recueilli par le bénéficiaire de l'autorisation d'enregistrement, avant l'audience, au moyen d'un formulaire ; il existe un délai de rétractation du consentement, à savoir 15 jours à partir du lendemain du dernier jour de la dernière audience enregistrée. Dans l'hypothèse où il est strictement interdit de

diffuser l'image ou les éléments d'identification d'une des parties (mineurs et majeurs protégés) ou bien dans l'hypothèse où une des parties n'a pas donné son consentement à cette diffusion, un mécanisme d'occultation est prévu. Concrètement, tous les éléments permettant l'identification directe ou indirecte de l'intéressé sont masqués ou modifiés de façon à ne pas être reconnaissables : éléments relatifs à l'état civil modifiés ou masqués, visages et silhouettes floutés, voix déformées. Par ailleurs, pour garantir le droit à l'oubli, à l'expiration d'un délai de cinq ans après la première diffusion de l'enregistrement ou de dix ans après l'autorisation d'enregistrement, l'obligation d'occultation est étendue à toute personne enregistrée.

Pour préserver la présomption d'innocence, la diffusion, intégrale ou partielle, de l'enregistrement n'est possible qu'après que l'affaire a été définitivement jugée. Il existe une exception devant la Cour de cassation, le Conseil d'Etat ou encore le Conseil constitutionnel, les audiences pouvant être diffusées en direct. De même, en cas de révision d'un procès en application de l'article 622 du Code de procédure pénale, la diffusion de l'enregistrement peut être suspendue.

Reste à signaler le cas particulier de l'enregistrement et de la diffusion des audiences de la Cour de justice de la République, envisagé par l'article 4 de la loi organique. Ce texte prévoyait que l'enregistrement sonore ou audiovisuel des audiences devant cette juridiction était de droit. Cet article est cependant censuré par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2021-830 DC du 17 décembre 2021. Il juge que s'il est loisible au législateur organique, au regard de l'intérêt public qu'elles présentent, d'autoriser l'enregistrement des audiences devant la Cour de justice de la République en vue de leur diffusion, il lui revient alors d'adopter des dispositions propres à garantir le droit au respect de la vie privée et de la présomption d'innocence. Or, en l'occurrence, en prévoyant que l'enregistrement des audiences devant la Cour de justice de la République est « *de droit* » sans déterminer précisément les conditions et modalités de cet enregistrement, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence et privé de garanties légales les exigences découlant des articles 2 et 9 de la Déclaration de 1789.

Voici brièvement retranscrites les principales étapes de l'encadrement législatif des procès filmés. Rendez-vous à la prochaine Nuit du droit pour un premier bilan du nouveau dispositif !

*Prochaine Lettre des Cahiers
Juillet 2023*

Etablie grâce à la haute et précieuse collaboration pour les Cours d'appel d'Agen, Bordeaux, Pau et Toulouse de :

Mesdames et Messieurs les Premiers Présidents, Mesdames et Messieurs les Procureurs Généraux, Mesdames et Messieurs les Magistrats du ressort des Cours d'appel, Mesdames et Messieurs les Bâtonniers du ressort des Cours d'appel, Mesdames et Messieurs les Avocats des barreaux du ressort des Cours d'appel, Mesdames et Messieurs les directeurs des services des Greffes près des Cours d'appel d'Agen, Bordeaux, Pau et Toulouse

Toute reproduction ou utilisation des articles de *La lettre* est interdite sans l'autorisation préalable de l'Association des Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine et Midi-Pyrénées et ne peut être effectuée qu'en vue de l'utilisation qui aura été acceptée par l'Association.

Inscription à *La lettre* sur demande adressée à : lalettreDESCAHIERs@gmail.com

La lettre des Cahiers s'inscrit dans la continuité de la revue *Les Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine et Midi-Pyrénées* : les exemplaires papier de cette revue, parue jusqu'en 2021, peuvent être demandés (dans la limite des stocks disponibles) à cette même adresse.

Pour toute information :

<https://idprive.ut-capitole.fr/les-cahiers-de-jurisprudence-d-aquitaine-et-de-midi-pyrenees/ldp/cahiers> ;

<https://droit.u-bordeaux.fr/Formations/Offre-de-formation/Institut-d-etudes-judiciaires-IEJ/Cahiers-de-Jurisprudence-d-Aquitaine-et-Midi-PyreneescOdj/Pau>

