

La Gazette



LA CLINIQUE JURIDIQUE
- HAUTE ÉCOLE DES AVOCATS CONSEILS -

Revue des élèves-avocats de la Haute École des Avocats Conseil (HEDAC)

Sommaire

Chronique du mois : Le devenir de l'abandon de poste.....p.2

Focus du mois : Le capital investissement au chevet de la transition énergétique ?p. 10

Article du mois : Refus de communiquer le code de déverrouillage d'un téléphone portable : un délit sous conditionsp.5

Alumni du mois / Nos élèves ont du talent : Samuel BARBIER, titulaire du CAPA et Président fondateur d'ETHOS.....p. 12

Décision du mois : Aide sociale à l'enfance : La France condamnée par la Cour européenne des Droits de l'Hommep.8

Professionnel du mois : Maître Alexis TORDO, Avocat au Barreau de Paris.....p. 14

Editorial

La Clinique Juridique de l'HEDAC est fière de vous présenter la sixième édition de la Gazette, une édition mensuelle recensant des articles juridiques ainsi que des interviews de professionnels du droit et anciens élèves-avocats de l'HEDAC.

Pour cette édition, de nouveaux membres de la Clinique Juridique ont décrypté l'actualité juridique à travers des articles aux sujets transverses. Nous sommes ravis de les compter parmi nous, et leur souhaitons encore la bienvenue.

L'ensemble de la Clinique Juridique de l'HEDAC vous souhaite une agréable lecture !

La Clinique Juridique



ROMANE THIBOUT
RESPONSABLE
PÔLE SOCIAL



MARCO HLADIK & CHARLOTTE LEBRUN
CO-RESPONSABLES
PÔLE PÉNAL



MATHILDE CHANRION
RESPONSABLE
PÔLE CIVIL / FAMILLE



PHILIPPE ZANON
RESPONSABLE
PÔLE IP/IT



JULIE PLATA
RESPONSABLE
PÔLE ANIMAUX



MARGOT DE ALMEIDA LOPES
RESPONSABLE
PÔLE AFFAIRES & ÉTRANGERS



ANDREA SOUK & ANDREA JACQUIER
COORDINATEURS BARREAUX



CLÉOPHÉE CLAUDEL
RESPONSABLE COMMUNICATION

Le devenir de l'abandon de poste

Le projet de loi portant mesures d'urgences relatives au fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi, dite « loi marché du travail » a été adopté respectivement par l'Assemblée Nationale et le Sénat, les 15 et 17 novembre dernier. Outre les nombreuses réformes qu'il prévoit, notamment sur le volet chômage, ce texte instaure une présomption simple de démission à la suite d'un abandon de poste. Cette initiative émanant des députés Les Républicains (LR), permettrait de mettre un terme au déséquilibre entre les salariés qui démissionnent de leur poste – privés des allocations d'assurance chômage – et les salariés qui abandonnent volontairement leur poste, et qui bénéficient de l'assurance chômage à la suite d'un licenciement.

Toutefois, cette loi n'est pas encore entrée en vigueur. Le Conseil Constitutionnel a été saisi, sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, par plus de 60 députés, lesquels dénoncent une rupture d'égalité et une violation de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution.

Revenons plus précisément sur ce qu'est l'abandon de poste aujourd'hui (1), pour comprendre le devenir de ce dispositif lors de l'entrée en vigueur de la loi marché du travail (2). Les nouveautés mises en œuvre dans ce projet de loi restent toutefois discutées (3).

1. L'abandon de poste : l'état actuel du droit

En l'absence de définition légale, l'abandon de poste peut être défini comme la situation dans laquelle un salarié décide volontairement de ne plus se rendre sur son lieu de travail et de ne plus effectuer sa prestation de travail sans produire de justificatif légitime dans les délais impartis. En effet, selon l'article L. 1226-1 du Code du travail – souvent repris dans les règlements intérieurs des entreprises – le salarié absent doit informer immédiatement l'employeur et fournir un justificatif dans les 48 heures.

Lorsqu'un salarié cesse de venir travailler sans motif légitime et sans autorisation, l'employeur peut décider d'envisager une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement pour faute grave. Avant d'envisager une sanction, l'employeur doit mettre en demeure le salarié de reprendre son poste, ou de justifier son absence, dans un délai donné. Si à l'expiration du délai, le salarié est toujours en situation d'abandon de poste, l'employeur pourra alors engager une procédure disciplinaire. Il est important de noter qu'à la suite d'un abandon de poste, l'employeur est libre de procéder, ou non, au licenciement du salarié absent.

Ce licenciement ouvre droit pour le salarié aux allocations d'assurance chômage, contrairement au salarié démissionnaire.

La Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur l'abandon de poste, notamment lorsqu'un salarié en arrêt maladie n'envoie plus d'arrêts de travail et s'abstient de reprendre son poste. Elle a considéré que même si le salarié ne reprend pas son poste de travail sans fournir un nouveau certificat médical, cela ne permet pas de le considérer comme démissionnaire, même après plusieurs mois d'absence injustifiée. Cela s'explique par le fait que la démission ne se présume pas et, doit résulter de la manifestation claire et non équivoque du salarié de rompre son contrat de travail.

En pratique, les abandons de poste ne sont pas si fréquents, puisque peu de salariés prennent le risque de se retrouver sans rémunération. En effet, le salarié n'effectuant plus sa prestation de travail, l'employeur n'a plus l'obligation de le rémunérer. Il n'y a pas non plus de certitude quant à l'ouverture d'une procédure de licenciement, ni sur la durée de celle-ci, ce qui prive de surcroît le salarié de l'allocation chômage ou de la possibilité de débiter un nouvel emploi auprès d'un autre employeur.

2. L'abandon de poste selon la loi Marché du travail

À la lecture du projet de loi portant mesures d'urgences relatives au fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi, un nouvel article L.1237-1-1 s'ajouterait au chapitre consacré à la démission dans le Code du travail, selon les termes suivants :

« Le salarié qui a abandonné volontairement son poste et ne reprend pas le travail après avoir été mis en demeure de justifier son absence et de reprendre son poste, par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge, dans le délai fixé par l'employeur, est présumé avoir démissionné à l'expiration de ce délai.

Le salarié qui conteste la rupture de son contrat de travail sur le fondement de cette présomption peut saisir le conseil de prud'hommes. L'affaire est directement portée devant le bureau de jugement, qui se prononce sur la nature de la rupture et les conséquences associées. Il statue au fond dans un délai d'un mois à compter de sa saisine.

Le délai prévu au premier alinéa ne peut être inférieur à un minimum fixé par décret en Conseil d'État. Ce décret détermine les modalités d'application du présent article ».

Sont ainsi concernés par cette nouvelle mesure les salariés qui auraient volontairement abandonné leur poste de travail. Dans ce cadre, à l'instar du droit actuel, l'employeur est tenu de mettre en demeure le salarié de justifier son absence et de reprendre son poste par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge ; il est toutefois difficile d'imaginer comment une remise en main propre peut avoir lieu dans la mesure où l'employeur reste sans nouvelle du salarié. A l'expiration du délai fixé librement par l'employeur – qui ne peut être inférieur à un minimum qui sera fixé par un décret d'application – le salarié est présumé avoir démissionné.

Néanmoins, il s'agit là d'une présomption simple, qui contrairement à une présomption irréfragable, peut être renversée par une preuve contraire. Le second alinéa de cet article donne la possibilité au salarié de contester cette rupture devant le Conseil de Prud'hommes. Dès lors, le salarié peut apporter des éléments permettant de démontrer que son absence est justifiée par un motif légitime, qui pourrait par exemple provenir d'une maladie, d'un comportement fautif de son employeur... En l'absence de précision, il est possible d'imaginer que dans certains cas la présomption de démission pourrait être écartée.

La contestation sera directement portée devant le bureau de jugement selon une procédure accélérée, sans qu'une audience devant le bureau de conciliation et d'orientation ne soit nécessaire. Le bureau de jugement disposera d'un délai d'un mois pour statuer sur la nature et les conséquences de la rupture.

3. Les controverses de la réforme

De nombreuses questions émanent de cette nouvelle présomption de démission. Il va sans dire que cette réforme s'inscrit en contradiction avec les arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation, selon lesquels, la démission résulte de la volonté claire et non équivoque du salarié et, qui plus est, ne se présume pas.

Aussi, ce texte peut engendrer des difficultés tant du côté salarié que de celui de l'employeur, et une possible insécurité juridique sur certains points.

L'utilisation de ce nouveau mécanisme entraîne nécessairement un risque pour l'employeur et le conduit dans une situation d'incertitude. En appliquant cette procédure, l'employeur rompt le contrat de travail du salarié, mais si ce dernier souhaite saisir le Conseil de prud'hommes, ce sera au juge d'avoir le dernier mot sur la nature de la rupture. Le texte reste pourtant silencieux quant aux conséquences du renversement de cette présomption de démission. Par exemple, si le salarié affirme avoir omis d'envoyer dans les temps son arrêt de travail, est-ce que les juges pourraient requalifier cette démission en un licenciement sans cause réelle et sérieuse ? Est-ce qu'un licenciement nul, sur le fondement d'une discrimination sur l'état de santé du salarié pourrait être retenue ?

En outre, ce cas de figure pourrait également se confondre avec d'autres situations. Prenons l'exemple d'un salarié qui refuserait ce qu'il considère être une modification de son contrat de travail, nécessitant son accord. Dans ce contexte, le salarié pourrait décider de ne plus effectuer sa prestation de travail. Alors qu'à l'inverse, l'employeur qui n'y verrait qu'un simple changement des conditions de travail, estimerait alors que le salarié est en insubordination, voire, en situation d'abandon de poste si ce dernier refuse de reprendre son poste de travail.

De plus, cette procédure présente une autre difficulté. En effet, le texte parle d'un abandon de poste « volontaire ». Ainsi, en cas de contentieux, l'employeur devra donc prouver l'intention du salarié, ce qui n'est pas forcément évident.

Le texte n'évoque pas non plus la question du préavis. Il est pourtant évident que l'abandon de poste et le préavis sont deux notions antinomiques. Par conséquent, une question reste sans réponse : le salarié sera-t-il tenu d'indemniser son employeur pour ne pas avoir effectué son préavis ?

Enfin, comment gérer la fin de contrat dans cette situation ? Faut-il envoyer un courrier au salarié pour le prévenir que, le délai étant écoulé, il est présumé démissionnaire ? Ou faudra-t-il seulement lui envoyer les documents relatifs à la fin de contrat (certificat de travail, reçu pour solde tout compte et attestation pôle emploi) ? Certaines conventions collectives exigent que la démission soit écrite. Or, avec ce nouveau texte, la démission étant présumée, il n'y aura pas d'écrit de la part du salarié.



En tout état de cause, la promesse d'une décision rendue sur le fond dans un délai d'un mois par le bureau de jugement semble être un pari risqué, compte tenu de l'engorgement des Conseils de Prud'hommes, qui s'est d'autant plus accentué avec la crise de la Covid 19.

Textes et références :

- A-L. CASTELL, « Abandon de poste : le salarié pourra bien être considéré comme démissionnaire », Éditions Tissot, 15 novembre 2022.
- M. BAUER et E. PUJOL, « Présomption de démission en cas d'abandon de poste : regards croisés de deux avocats travaillistes », Liaisons sociales Quotidien – L'actualité, 18 novembre 2022
- Saisine du Conseil constitutionnel du 18 novembre 2022
- L. BENTO DE CARVALHO, « Démission sur un coup de tête », Semaine Sociale Lamy, 24 octobre 2022



Marine MOUREAUX
Clinicienne
Pôle Social



Julie VERGER
Clinicienne
Pôle Social

Refus de communiquer le code de déverrouillage d'un téléphone portable : un délit sous conditions

Dans une décision particulièrement attendue du 7 novembre 2022, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a répondu à un arrêt de rébellion et a clarifié la portée de l'article 432-15-12 du code pénal, en étendant la notion cryptologique de convention de chiffrement au code de déverrouillage d'un téléphone portable.

La décision du 7 novembre 2022

Le défendeur au pourvoi, placé en garde à vue au cours d'une enquête pour infractions à la législation sur les stupéfiants (ILS), a refusé de communiquer aux enquêteurs les mots de passe des deux smartphones découverts en sa possession lors de son interpellation. Il a été poursuivi pour détention et offre ou cession de stupéfiants ; ainsi que pour refus de remettre la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie, s'opposant à la communication du code de déverrouillage d'un téléphone susceptible d'avoir été utilisé pour les besoins d'un trafic de stupéfiants.

Par jugement du 15 mai 2018, l'intéressé a été condamné par le tribunal correctionnel pour ILS mais relaxé du chef de prévention de l'article 434-15-12 du code pénal. Le 11 juillet 2019, la cour d'appel de Douai a confirmé cette relaxe.

Par un arrêt du 13 octobre 2020 (n°19-85.984, publié), la Chambre criminelle a cassé et annulé cet arrêt, renvoyant les parties devant la cour d'appel de Douai autrement composée. La cour d'appel de Douai a maintenu sa position par arrêt du 20 avril 2021, au motif que « la clé de déverrouillage de l'écran d'accueil d'un smartphone n'est pas une convention secrète de déchiffrement, car elle n'intervient pas à l'occasion de l'émission d'un message et ne vise pas à rendre incompréhensibles ou compréhensibles des données mais tend seulement à permettre d'accéder aux données et aux applications d'un téléphone, lesquelles peuvent être ou non cryptées ». Elle a également rappelé que dans le cadre de la GAV, la demande du code au titre de l'article 434-15-12 du code pénal doit être accompagnée de l'avertissement que le refus d'y déférer est susceptible de constituer une infraction pénale. Suite à cet arrêt de rébellion duquel le procureur général s'est pourvu, la chambre criminelle a renvoyé l'affaire devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

Le procureur général a fondé son moyen sur la motivation insuffisante de la cour d'appel et a invité la Cour de cassation à se prononcer sur l'interprétation de la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie au regard des articles 29 de la loi LCEN n°2004-575 du 21 juin 2004, 132-79 du code pénal et R. 871-3 du code de la sécurité intérieure.

Le 7 novembre 2022, l'assemblée plénière a répondu en utilisant l'article 29 de la loi de 2004 pour interpréter l'article 434-12-15 du code pénal. À cette occasion, elle donne sa définition de la convention de déchiffrement - « tout moyen logiciel ou [de] toute autre information permettant la mise au clair d'une donnée transformée par un moyen de cryptologie, que ce soit à l'occasion de son stockage ou de sa transmission ». Selon la Cour, « il en résulte que le code de déverrouillage d'un téléphone mobile peut constituer une clé de déchiffrement si ce téléphone est équipé d'un moyen de cryptologie ».

Cette définition entraîne une obligation pour le juge : celle de rechercher si le téléphone en cause est ou non équipé d'un tel moyen et, si son code de déverrouillage permet de mettre au clair tout ou partie des données cryptées qu'il contient ou auxquelles il donne accès.

Sur la convention de déchiffrement

Si l'on s'en rapporte à l'article 29 de la loi LCEN, le code de déverrouillage ne joue pas de rôle dans le chiffrement des données. Les travaux parlementaires de 2003 sont très clairs à ce sujet : la convention secrète de déchiffrement n'est pas un code de déverrouillage ou un mot de passe mais bien une clé contenue dans le téléphone. Une approche matérialiste pourrait même estimer que, dès lors que le téléphone est remis aux autorités judiciaires, la clé l'est aussi puisqu'elle est contenue dans ce téléphone.

Alors que le moyen évoquait l'article R.871-3 du Code de la sécurité intérieure, la Cour se garde de le viser en réponse. C'est pourtant dommage car cet article définissait largement la convention de chiffrement comme résultant soit 1) d'une clé cryptographique, 2) soit d'un moyen logiciel ou d'une information quelconque (faute de cryptologie utilisée). Il importe de rappeler que la fonction première du code de déverrouillage d'un téléphone n'est pas de chiffrer des données mais de restreindre l'accès aux fonctionnalités du téléphone.



Tout code de déverrouillage n'est pas nécessairement associé à une clé cryptographique : l'association apparaît par le procédé tautologique de l'assemblée plénière, qui élude en répondant que peut constituer une clé de déchiffrement le code de déverrouillage auquel est associé une clé cryptographique lorsque le téléphone est équipé d'un moyen de cryptologie...

La Cour de cassation a donc choisi de postuler un lien qui n'a rien d'évident, à savoir que le code de verrouillage et la clé cryptographique sont nécessairement associés.

Silence sur le droit de ne pas s'auto-incriminer

La CEDH, notamment dans un arrêt Funke c/ France rendu le 25 février 1993, a dégagé de l'article 6 de la CESDH protégeant le droit à un procès équitable, le droit de ne pas s'auto-incriminer. Si le droit de se taire est consacré en droit français, la question de l'auto-incrimination revient régulièrement en matière de preuve.

En l'espèce, l'obligation de coopérer si le téléphone du mis en cause contient un moyen de cryptologie susceptible d'avoir été utilisé pour préparer, faciliter ou commettre un crime ou un délit pose un problème majeur au regard du droit à ne pas s'auto-incriminer, et donc, de la présomption d'innocence. Dès lors, le silence de l'assemblée plénière n'en est que plus éloquent.

À défaut de nouvelle interprétation, rappelons que la position de la Cour de cassation est celle adoptée par la CEDH dans son arrêt Saunders c/ RU rendu le 17 décembre 1996 [19187/91]. Cet arrêt de principe énonce qu'il n'y a pas d'atteinte au principe de la présomption d'innocence dès lors que les éléments contenus dans le téléphone existent indépendamment de la volonté de la personne suspectée.

Le contrôle de constitutionnalité effectué par décision du 30 mars 2018 expose de manière lapidaire que l'article en question « n'a pas pour objet d'obtenir des aveux de sa part et n'emportent ni reconnaissance ni présomption de culpabilité mais permettent seulement le déchiffrement des données cryptées », et se fonde sur la théorie de la connaissance pour établir la culpabilité. À cette occasion, le Conseil assure que les données existent indépendamment de la volonté de la personne suspectée (Décision n°2018-696 QPC, du 30 mars 2018).

Or, si l'existence des données est indépendante de la volonté du mis en cause, leur consultation est subordonnée à son action.

Il existe également des moyens coercitifs, qui permettent d'accéder aux données du téléphone en cas de refus de communication de la clé, alors même que le fait de refuser de communiquer la convention de déchiffrement peut être sanctionné par l'article 434-15-2 du code pénal.

N'oublions pas que la raison d'être des infractions au refus de consentement est précisément qu'il n'est pas possible de forcer un individu à se soumettre à un prélèvement biologique. En matière de convention de déchiffrement, étendue par cet arrêt au code de déverrouillage, des données biométriques sont de plus en plus souvent requises - telles que l'empreinte digitale ou la présentation du visage pour la reconnaissance faciale. Une particulière attention devrait être alors portée au consentement.

Dans la mesure où les forces d'enquête peuvent outrepasser le consentement pour s'introduire dans le téléphone et en extraire les données, l'infraction prévue à l'article 434-15-2 du code pénal ne peut pas être nécessaire à la manifestation de la vérité. En revanche, il est de plus en plus clair qu'elle ne sert que d'incitation - sous peine de trois ans d'emprisonnement - à la remise du code de déverrouillage dans un double objectif de célérité et d'économie, évitant ainsi le recours aux services techniques d'enquête.

En tout état de cause, il n'est pas anodin que cet arrêt soit rendu la même semaine que l'arrêt Chaufferies de la Défense, par lequel la Chambre criminelle de la Cour de cassation confirme que le dépassement du délai raisonnable de l'article 6,§1 de la CESDH ne saurait conduire à l'annulation de la procédure et semble enjoindre à la pro-activité de l'avocat face à un système que tous savent pourtant ralenti.

Beaucoup d'agitation pour peu d'incidence

Le simple refus de donner le code de déverrouillage d'un téléphone, même équipé d'un moyen de cryptologie, n'est pas constitutif du délit de l'article 434-15-2 du code pénal. Outre un débat complexe et peu compréhensible sur une science par nature obscure, il apparaît qu'il revient au ministère public d'établir, grâce aux données publiées par les constructeurs, quelles catégories de téléphones associent nécessairement à leur code de déverrouillage une clé cryptographique permettant de chiffrer ou mettre en clair les données transmises ou stockées par le téléphone. Le ministère public devra alors encore prouver que cette catégorie de téléphone a été choisie par le mis en cause à raison de cette spécificité et pour préparer, faciliter ou commettre un crime ou un délit. Au vu de la difficulté de la preuve qu'il incombe de rapporter, il semble que l'application de ce texte soit très réduite.



Pour aller plus loin :

- Cour de cassation, AP, 7 nov. 2022 : https://www.courdecassation.fr/files/files/Communiqués/Décision_pourvoi_21-83.146.pdf, et communiqué de presse : <https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/2022/11/07/code-de-deverrouillage-dun-ecran-de-telephone-et-cryptologie>
- Téléphone portable : faut-il donner son code de déverrouillage aux enquêteurs? Par Me Julien Brochot : <https://www.actu-juridique.fr/penal/telephone-portable-faut-il-donner-son-code-de-deverrouillage-aux-enqueteurs/>
- Clair-obscur sur la convention secrète de déchiffrement des téléphones portables, du Pr. Emmanuel Dreyer : <https://www.lexbase.fr/article-juridique/89850794-jurisprudence-clair-obscur-sur-la-convention-secrete-de-dechiffrement-des-telephones-portables>



Marie BÉLÉZY
Clinicienne
Pôle Pénal & Pôle Etrangers



Aide sociale à l'enfance : La France condamnée par la Cour européenne des Droits de l'Homme

3 novembre 2022, CEDH, arrêt *Loste c. France*

Un pays a été condamné. Après une procédure qui aura duré 23 ans, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné, dans un arrêt en date du 3 novembre 2022, la France pour violation des articles 3, 9 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme en raison des carences manifestes dans le suivi d'une mineure placée par l'aide sociale à l'enfance (ASE) [1].

La requérante, mineure au moment des faits, fait grief à l'ASE de ne pas l'avoir protégée des actes qu'elle subissait au sein de sa famille d'accueil. Malgré les multiples avertissements de la mineure effectués auprès des services de l'ASE, cette dernière a failli à ses obligations.

Alors qu'elle était âgée de 5 ans, la requérante avait été confiée par un juge des enfants au service de l'aide sociale à l'enfance. L'ASE décidait de la placer au sein d'une famille d'accueil qui s'était engagée à respecter les objectifs assignés par le service de l'aide sociale à l'enfance notamment les opinions politiques, philosophiques et/ou religieuses de la mineure ; ainsi qu'à faciliter le contrôle des conditions du contrat de placement par le service de l'aide sociale à l'enfance.

Pour rappel, lorsqu'une famille décide d'accueillir un mineur placé en raison d'une décision de justice, elle est tenue de respecter des obligations qui figurent dans un contrat qu'elle signe avec l'ASE. En principe, avant de placer le mineur, les services de l'aide sociale à l'enfance sont tenus de vérifier les conditions d'accueil au sein de la famille. Mais les moyens de l'époque n'étaient pas ceux d'aujourd'hui.

Peu de temps après son arrivée, la requérante dénonçait être victime d'un viol et de plusieurs agressions sexuelles de la part du père de la famille d'accueil et, de suivre des pratiques religieuses contraires à sa confession initiale. Issue d'une famille de confession musulmane, la famille d'accueil décidait d'élever la mineure dans la foi et les usages des Témoins de Jéhovah, notamment en refusant une transfusion sanguine alors que la mineure était hospitalisée.

[1] Anciennement dénommée DDASS (Direction Départementale des affaires sanitaires et sociales).

Plusieurs plaintes avaient été déposées par la requérante entre 1999 et 2001. Elles avaient été classées sans suite. La requérante décidait alors de déposer plainte avec constitution de partie civile. Cependant, les faits n'avaient pu être jugés en raison des règles de prescription en matière pénale existantes à l'époque des faits, alors que le père de la famille d'accueil reconnaissait en partie les faits.

La requérante décidait d'introduire plusieurs recours dans le but d'engager la responsabilité de l'Etat. Sa requête à l'encontre du département du Tarn-et-Garonne avait été rejetée au motif que la juridiction administrative s'était fondée sur la notion de prescription quadriennale.

La Cour estime « *que les juridictions nationales ont appliqué une exigence procédurale d'une manière telle qu'elle a fait obstacle à l'examen au fond de l'action de la requérante* ». Il est constaté dans l'arrêt de la Cour que l'application de la prescription quadriennale faisait obstacle à l'examen au fond de l'action et avait privé la requérante de son droit à un recours effectif relatif en ce qu'elle ne disposait pas, au moment d'engager son action, « *d'indications suffisantes* » lui permettant de démontrer son dommage et d'engager la responsabilité des autorités nationales. L'application de la prescription quadriennale, par les juridictions administratives, a eu pour effet de rendre inefficace le recours intenté par la requérante ce qui amène la Cour à conclure que « *les juridictions internes ont fait montre d'un formalisme excessif* » ayant pour conséquence la violation de l'article 13 de la Convention (*).

Il est également constaté par la Cour la violation des articles 3 et 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (**).

*Article 13 : Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.

**Article 3 : Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Article 9 : Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.



Concernant les griefs portant sur le non-respect de la clause de neutralité

Lors de son arrivée au sein de son lieu de placement, la requérante était de confession musulmane pour ensuite devenir membre des Témoins de Jéhovah sous l'influence de la famille d'accueil.

L'Etat affirmait ignorer les pratiques de la famille d'accueil liée à cette congrégation.

Cependant, l'aide sociale à l'enfance avait été informée par le service des urgences, où était hospitalisée la requérante à la suite d'un grave accident, du souhait des membres de la famille d'accueil de ne pas administrer à la mineure un produit sanguin.

La Cour estime « *que les autorités nationales n'ont pas mis en œuvre les mesures nécessaires, qui leur incombent, en vertu de leurs obligations positives, afin de faire respecter par la famille d'accueil les opinions religieuses de l'enfant* ».

Les négligences de l'aide sociale à l'enfance ont, selon la Cour, eu pour conséquence le maintien de la mineure dans un environnement dangereux alors qu'il était de leur devoir et obligation de prévenir le juge des enfants des conditions de vie de la mineure. Le juge des enfants aurait pu lever le placement de la mineure au sein de cette famille mais il ressort du dossier que l'ASE n'a pas respecté les dispositions applicables à l'égard de la mineure. Elle a été maintenue au sein de cette famille d'accueil jusqu'à sa majorité.

A l'heure où l'aide sociale à l'enfance est actuellement pointée du doigt, la France a été condamnée à verser 55 000 euros à la requérante en réparation de son préjudice moral, une somme particulièrement élevée au regard de la jurisprudence de la CEDH.



Anissa ROBIN EL KHADRAOUI
Clinicienne
Pôle Pénal



Le capital investissement au chevet de la transition énergétique ?

« En montrant au reste du monde comment être durable et compétitif, nous pouvons convaincre d'autres pays de nous suivre » [1], déclarait Ursula Von Der Layen le 14 décembre 2019 lors de la présentation du Pacte Vert pour l'Europe. Tels sont les ambitieux objectifs de l'European Green Deal, concrétisés notamment par deux règlements européens du 27 novembre 2019 et 18 juin 2022 dits SFDR et Taxonomy . C'est dans ce cadre qu'un groupe d'experts européens avait été mandaté en vue de fixer des critères de sélection d'activités susceptibles de contribuer à la transition énergétique.

Les travaux des autorités européennes de surveillance, réalisés notamment en concertation avec les acteurs des marchés financiers, ont abouti avec l'adoption de normes techniques réglementaires. Ainsi, une activité peut être juridiquement qualifiée de « durable » si elle contribue à l'un des six objectifs prédéfinis par le législateur européen dans le règlement Taxonomy, sans causer de préjudice important à un autre objectif. Sont ainsi durables, les activités destinées au contrôle de la pollution ou encore à la protection et à la restauration de la biodiversité et des écosystèmes.

En outre, les obligations de transparence à la charge des acteurs des marchés financiers, et plus particulièrement des sociétés de gestion, ont été drastiquement renforcées. Elles consistent, entre autres, en une auto-classification par les sociétés de gestion des fonds d'investissement dont ils assurent la gestion. Cette classification distingue, notamment, les fonds d'investissement dits articles 6, article 8 ou article 9 en fonction de leur degré de prise en compte des objectifs environnementaux Taxonomy dans la composition de leurs portefeuilles de participations.

Rappelons que les encours sous gestion représentaient, en 2021, 28.400 milliards d'euros. Or, en septembre 2021, 80% des placements collectifs européens étaient classés article 6, c'est-à-dire n'intégrant aucun des six objectifs environnementaux européens.

[1] https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_17

[2] Règlement (UE) 2019/2088 du Parlement Européen et du Conseil du 27 novembre 2019.

[3] Règlement (UE) 2020/852 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2020.

[4] 13ème édition du rapport annuel de l'European Fund and Asset Management Association, décembre 2021.

Les sociétés de gestion en première ligne

Le contexte actuel incitant l'ensemble des opérateurs économiques à rediriger les capitaux vers des activités durables, les sociétés de gestion sont pleinement concernées en raison de l'enjeu attaché à la classification de leurs fonds.

Les sociétés de gestion sont donc particulièrement attentives aux évolutions des débats européens comme l'illustrent les reclassements de fonds article 9 (impliquant la prise en compte d'objectifs durables explicites mesurées avec des indicateurs d'impacts) en fonds article 8 (impliquant la promotion d'objectifs environnementaux et/ou sociaux et des pratiques de bonne gouvernance) par des sociétés de gestion telles qu'AXA Investment Managers, Goldman Sachs ou encore Neuberger Berman.

Ces reclassements interviennent par suite de la publication de questions-réponses de la Commission Européenne en juillet 2021 [5] ainsi qu'à l'annonce d'une enquête par le régulateur néerlandais des marchés sur les classifications des fonds.

Le capital-investissement au service de la finance durable

L'Europe a très tôt saisi le levier que représentait le capital investissement en vue du financement de son Green Deal en inaugurant, le 14 janvier 2020, une nouvelle pierre à son édifice législatif avec le plan d'investissement de son Pacte Vert et la création d'un fonds pour une transition écologique juste. L'objectif de ce fonds, géré par Invest Europe est, entre autres, de mobiliser des fonds privés et publics substantiels au soutien de la relance verte.

En 2021, Invest Europe a injecté près de 138 milliards d'euros à destination de sociétés européennes contribuant à l'un des objectifs de la relance européenne [6]. Plus récemment, à l'issue de la COP 27, c'est près de 250 millions d'euros qui ont été souscrits par 5 fonds ayant pour objectif de financer des activités durables telles que celles du traitement et de la conservation de l'eau, la réduction du gaspillage alimentaire ou l'économie circulaire [7].

[5] https://www.eca.europa.eu/Lists/ECARepplies/COM-Replies-SR-21-22/COM-Replies-SR-21-22_FR.pdf

[6] Invest Europe "2021 Central & Eastern Europe Private Equity Statistics", juin 2022.

[7] <https://www.eib.org/fr/press/all/2022-478-cop27-eif-supports-eur2-5-billion-of-climate-action-investment-with-five-venture-capital-private-equity-and-infrastructure-fund-partners>



L'Europe : leader de l'investissement durable ?

Si en Europe la réglementation environnementale se précise et imprègne progressivement les marchés, au Royaume-Unis, l'heure est à la consultation jusqu'en janvier 2023.

En effet, la Financial Conduct Authority procède à une consultation publique depuis novembre 2021 et s'achevant en janvier prochain en vue d'améliorer le régime de reporting des acteurs de la gestion privée. Destiné à lutter contre le greenwashing, le projet de mesures semble moins exigeant que celui en vigueur en Europe puisqu'il ne requiert pas de publications relatives aux incidences négatives des fonds d'investissement sur leur environnement. Le régulateur britannique rappelle le souhait des autorités d'adopter un cadre réglementaire plus souple mais qui resterait compatible avec ceux déjà existants en Europe ou Outre-Atlantique.

Aux Etats-Unis, la démarche semble plus aboutie comme en témoigne l'amende infligée par la Securities and Exchange Commission en mai dernier à la société de gestion BNY Mellon Investment Management d'un montant de 1,5 millions de dollars pour informations trompeuses relatives à la durabilité de leurs investissements. Le gendarme boursier américain a réitéré en novembre en sanctionnant cette fois Goldman Sachs à une amende de 4 millions de dollars pour avoir classifié comme durables des participations qui n'avaient pas été dûment évaluées en ce sens [8]. L'enjeu des classifications environnementales est d'autant plus important qu'aux Etats-Unis, le Ministère du travail américain a autorisé les sociétés de gestion des épargnes retraites à prendre en compte les critères de développement durable dans leurs processus décisionnels d'investissement de leurs fonds.

L'objectif américain est ambitieux et Gary Gensler, président de la SEC, se félicitait en juillet dernier du durcissement des règles de reporting auxquelles sont soumises les sociétés cotées à la bourse de New-York. Ces dernières seront, à horizon 2026, dans l'obligation de déclarer les émissions de gaz à effet de serre de leurs activités directes ainsi que leur consommation d'énergie [9].

Des obligations similaires existent déjà en France et selon les calculs de l'ONG Oxfam, l'empreinte carbone moyenne annuelle des entreprises du CAC 40 atteint 125 millions de tonnes de CO₂, soit un quart des émissions françaises en 2021 [10].

Ainsi, si les approches varient quant à la prise en compte des impératifs environnementaux entre les Etats, l'objectif reste le même : celui d'établir un modèle de compétitivité plus sain et plus durable.

[8] <https://www.lesechos.fr/finance-marches/marches-financiers/goldman-sachs-asset-management-epingle-pour-emploi-abusif-de-la-qualification-esg-1882540>

[9] <https://www.reuters.com/business/sustainable-business/secs-gary-gensler-there-needs-be-clear-rules-road-disclosing-climate-risk-2022-07-06/>

[10] Document d'information Oxfam, octobre 2022.



Yanice HAMD
Clinicien
Pôle Affaires





Samuel BARBIER
Titulaire du CAPA et Président
Fondateur d'ETHOS

Quel a été votre parcours ?

J'ai grandi en Amérique Latine puis en banlieue parisienne. Après le baccalauréat, j'ai intégré CY Paris Cergy Université dans le cadre d'une double licence de droit franco-espagnol. Grâce à ce diplôme, j'ai eu la chance de partir vivre et étudier 1 an à Madrid.

À mon retour, j'ai fait le choix du droit des affaires et après une année de Master 1 studieuse, j'ai intégré le Master 2 Diplôme Juriste Conseil d'Entreprise (DJCE) toujours à Cergy.

À la fin de mon master 2, j'ai présenté l'examen du CRFPA auquel j'ai été reçu pour mon grand bonheur. Je tenais du doigt mon rêve de devenir avocat.

La suite logique était donc d'intégrer l'HEDAC.

Pour compléter mon diplôme de droit des affaires, j'ai intégré également l'EM Lyon dans le cadre du Mastère spécialisé Juriste Manager International. Ce diplôme en alternance m'a permis de rejoindre le service juridique du Groupe Astek et de pratiquer le droit des sociétés.

Enfin, dans le cadre de mon stage final, j'ai intégré le cabinet Laude Esquier Champey, qui est un cabinet de référence en matière de contentieux et de droit pénal des affaires.

Qu'est-ce que vous feriez / ne feriez pas dans votre parcours ?

Il y a plusieurs choses que je referais absolument.

La première est de suivre à nouveau les conseils de mon père en privilégiant CY Paris Cergy Université, qui a une faculté de droit exceptionnelle et qui forme des juristes de très bon niveau.

La seconde est de partir en Erasmus. J'ai vécu une année extrêmement riche à Madrid.

Ensuite, ce que je ne referais pas, c'est d'idéaliser le droit des sociétés et les fusions-acquisitions. (Harvey Specter y est peut-être pour quelque chose).

Si j'avais su, j'aurais privilégié plus rapidement le contentieux et le droit pénal.

Quelles ont été les difficultés rencontrées à la sortie de l'école des avocats ?

À la sortie de l'école des avocats, j'ai rencontré un dilemme cornélien : d'un côté l'appel de l'avocature, métier dont je rêve depuis mes 15 ans, et l'appel de l'entrepreneuriat, auquel j'associe les personnes les plus inspirantes que je connaisse.

En effet, je me suis souvent imaginé présenter le concours de la Conférence du stage, devenir un avocat pénaliste d'affaires et affronter les tempêtes de la profession. Le métier d'avocat m'a toujours enthousiasmé par son mystère, sa complexité, son utilité sociale et sa diversité.

Seulement, l'entrepreneuriat a été plus fort. La robe d'avocat m'attendra, il fallait que je développe ETHOS.

Quelle est votre spécialité et pourquoi ce choix ?

Pendant mes études je me suis spécialisé en droit des affaires. J'ai présenté le CRFPA en droit pénal, puis j'ai pratiqué le contentieux commercial et le droit pénal des affaires durant mon stage final.

Qu'est-ce que c'est ETHOS ?

ETHOS est un cabinet de conseil et de formation à la prise de parole en public.

J'ai fondé cette société lorsque je suis rentré de Madrid. J'avais 20 ans, j'étais engagé dans l'association d'éloquence de mon université et je participais à tout ce qui se faisait comme concours d'éloquence : concours de plaidoiries, concours national d'éloquence, championnat de France de débats, concours d'arbitrage en anglais ... J'adorais ça.



Cette passion ne m'a pas quitté. J'ai continué les concours d'éloquence à l'HEDAC et j'ai eu l'honneur de représenter notre école à Caen aux concours du Mémorial pour les droits de l'Homme.

En parallèle des concours, j'ai commencé à former des collégiens, des lycéens, des étudiants en droit, en écoles de commerce, d'ingénieurs, des conférenciers, des légionnaires, des chefs d'entreprise et des commerciaux.

ETHOS est né du constat que nous avons majoritairement peur de prendre la parole en public, et de la volonté de tordre le cou à cette peur collective.

On nous apprend à écrire, à compter, mais personne ne nous apprend à parler. Dès lors, avec le soutien d'une dizaine d'amis étudiants en droit et en sciences politiques, j'ai immatriculé ETHOS pour répondre à ce besoin et pour nous mettre au service des porteurs de projets.

Nous accompagnons aujourd'hui de nombreux clients dans toute l'Ile de France. Très hétéroclite, notre clientèle se compose de lycées, d'écoles de commerce parmi lesquelles l'EM Lyon ou NEOMA, des associations dans des quartiers défavorisés, des startup parisiennes, des hauts-fonctionnaires, des conférenciers de TEDx, et nous travaillons depuis peu avec le Sénat.

ETHOS est un projet qui me dépasse et je suis particulièrement fier de le servir le temps qu'il faille avant de prêter serment et de rejoindre la profession d'avocat.

Un mot pour les futurs avocats ? Pour la nouvelle promotion du CRFPA ?

Soyons entreprenant !

Notre génération doit réinventer la manière d'être avocat. Créer de nouveaux modèles pour recruter les meilleurs talents, protéger leur indépendance et leur sentiment de servir l'intérêt commun en plus de l'intérêt de leurs clients.

Je fais le vœu que notre génération s'unisse contre le pessimisme ambiant.

Soyons collectivement travailleurs, créatifs et enthousiastes.

Propos recueillis par :



Margot DE ALMEIDA LOPES
Responsable
Pôle Affaires & Pôle Etrangers



Le professionnel du mois



Maître Alexis TORDO
Avocat au barreau de Paris

« L'avocat est là pour verser et provoquer des éléments à décharges, pour contraindre le magistrat à penser contre lui-même »

Aujourd'hui âgé de 27 ans, Alexis TORDO, a créé son cabinet boutique spécialisé en droit des étrangers et en droit pénal.

Quel a été votre parcours ?

Je suis titulaire d'un Master 1 en droit des affaires obtenu à Paris Nanterre. Dans le cadre de mon Master 2, j'ai opté pour un double diplôme en droit des affaires et fiscalité, dans le but de consolider mes compétences en droit des affaires et d'avoir une vision transversale de l'entreprise et de ses différentes problématiques. J'ai ensuite passé l'examen du barreau avant d'intégrer l'école d'avocat.

J'exerce au sein de TORDO et associés, mon propre cabinet.

Qu'est-ce que vous feriez / ne referiez pas dans votre parcours ?

La meilleure décision que j'ai pu prendre, c'est ouvrir mon propre cabinet dans un domaine qui me correspond parfaitement, à savoir le droit des étrangers et droit pénal parce que c'est attentatoire aux libertés. Cela permet d'être un avocat de Palais et de plaider.

De manière générale, parce que c'est ce qui me permet de rencontrer les justiciables et d'exercer comme je le souhaite.

Quelle est votre spécialité et pourquoi ce choix ?

J'exerce principalement en droit des étrangers et droit pénal.

Je sais qu'il y a un engouement actuel pour ces deux domaines et c'est une très bonne chose. C'est cependant devenu tellement complexe qu'il paraît difficile de l'exercer à titre récréatif, c'est-à-dire une fois de temps en temps.

En pénal par exemple, on est souvent en enquête préliminaire, longtemps après les faits, le parquet privilégiant ce cadre-là pour éviter le contradictoire de l'instruction.

On est souvent dans le cadre d'infractions occultes ou dissimulés, délits qui vont être extrêmement difficiles à établir pour un procureur, sans parler de la difficulté d'en rapporter la preuve.

Enfin, il y a un anachronisme important entre le temps de l'infraction et le temps de l'administration de la preuve.

Du fait du caractère dissimulé ou occulte de l'infraction, les magistrats vont souvent vouloir utiliser le temps de l'enquête en tant que tel pour faire ressusciter des preuves.

Quelles ont été les difficultés rencontrées ?

La difficulté principale c'est l'exercice au quotidien de cette profession si particulière.

On vulgarise le droit, on essaye de se le réapproprier, on est là également pour éclairer les faits d'un regard nouveau et assister notre client durant toutes les phases d'administration de la preuve, de la garde à vue à l'audience, en passant par l'instruction et les perquisitions.

Dans le cadre d'une préparation à une garde à vue par exemple, on entraîne nos clients à dire la vérité.

On décrypte, on reconstruit les faits, on tente surtout avec eux de convaincre les juges.

Il faut parfois rappeler des choses essentielles : il n'y a pas toujours des conclusions à charge à tirer de tout, la conviction parfois un peu prématurée de certains juges d'instructions a des stades trop préliminaires du processus probatoires, c'est l'ennemi de l'élaboration de la vérité judiciaire.

L'avocat est là pour verser et provoquer des éléments à décharges, pour contraindre le magistrat à penser contre lui-même.



Propos recueillis par :

Un mot pour les futurs avocats / Pour la nouvelle promotion du CRFPA ?

Un seul conseil : sortir du rapport de connivence qu'on peut avoir avec la loi. Lorsqu'on débute, on n'est pas assez soupçonneux vis-à-vis du législateur.

Il faut absolument se dire que l'on peut tout contester, notamment en procédure pénale : on peut contester les actes de procédures quand ils sont pris tardivement, quand ils sont prescrits, quand ils sont pris de manière trop cavalière par le juge d'instruction, ils sont alors nuls. On peut contester les juges, la juridiction dans sa composition avec les demandes de récusation, dans sa compétence, les compétences territoriale ou matérielle.

On peut contester les faits avec des demandes d'expertise.

On peut contester le droit lorsqu'il n'est pas conforme à la Constitution grâce aux QPC, lorsqu'il n'est pas conforme avec l'Union européenne, on peut aller devant la CEDH.

Il faut absolument s'astreindre a cela.

La doctrine doit aussi se construire avec le regard critique des avocats.



MARGOT DE ALMEIDA LOPES

Responsable
Pôle Affaires & Pôle Etrangers

