

**LES CAHIERS DU
CRJFC**

CENTRE DE RECHERCHES JURIDIQUES DE L'UNIVERSITÉ DE FRANCHE-COMTÉ

02

JUIN 2021

Sommaire

<i>Introduction</i>	5
<i>Varia</i>	
Arthur Guyot, <i>La digitalisation des assemblées générales de sociétés</i>	9
<i>Dossier « Immunité-Impunité »</i>	
Kahina Khadraoui, <i>Immunité/impunité : propos introductifs</i>	27
Tristan Gheidene, <i>L'immunité/impunité du gérant associé unique qui cause un préjudice à la société</i>	33
Rémy Prouvèze, <i>Immunité de juridiction contre droit au juge</i>	39
Caroline Audy, <i>Le statut contentieux du Président de la République</i>	55

Introduction

La présente livraison des *Cahiers du CRJFC* reprend plusieurs contributions de la troisième journée des doctorants du CRJFC, coordonnée par Alexandre Sylvant, doctorant en droit privé. Celle-ci, s'est déroulée le 26 février 2021 et était consacrée à « l'immunité/impunité ».

L'idée de cette thématique résultait d'une discussion animée, entre deux doctorants internationalistes (Eloi Kabore et Pierre Kouame), lors d'un café des doctorants. Tous deux confrontés à ces notions dans leur travail doctoral débattaient de l'effectivité du droit international : la possession d'une « immunité » permettait d'échapper à la sanction, voire simplement à la traduction devant une juridiction pénale ; l'impossibilité de lever cette immunité questionnait alors l'effectivité d'un droit international pénal, prompt à caractériser le crime (génocide, crime de guerre) tout en ne parvenant pas à sanctionner le responsable.

Proposition leur a été faite alors de mettre en place une journée des doctorants sur ces notions qui dépassent le seul droit pénal international. En effet, la question de l'impunité, qui est la « soustraction à la punition », soit « du fait des circonstances (ex. défaut de preuve, fuite), soit pour une raison de droit » (ex. immunité, prescription criminelle), paraît regarder tout le droit¹. L'impunité serait également, par extension, la soustraction à toute obligation, à tout devoir. « Immunité/impunité » s'accompagneront rapidement de nombreux termes et notions juridiques tels que « responsabilité/irresponsabilité », « inviolabilité », « prescriptibilité/imprescriptibilité », « exemption », « prérogative », etc.

Le CRJFC remercie Carolane Audy, Michel Di Martino, Tristan Gheidene, Eloi Kabore (du CREDIMI), Kahina Khadraoui, Pierre Kouame, Rémy Prouvèze, Gilles Sawadogo (du CREDESPO) et Alexandre Sylvant qui ont accepté de contribuer à cette journée,

¹ Entrée « Impunité », G. Cornu, Assoc. Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*.

qui se sont livrés à l'exercice de l'intervention orale autant qu'écrite, dans un contexte délicat puisque l'auditoire était derrière les écrans et parce que cela impliquait pour les personnes contributrices de marquer une pause dans le travail de thèse.

La prochaine journée des doctorants se déroulera le 19 novembre 2021 et portera sur l'accès au juge.

Varia

La digitalisation des assemblées générales de sociétés

Arthur Guyot

Diplômé du Master II droit des affaires de l'université de Franche-Comté

La crise sanitaire, si dramatique soit elle, s'est révélée utile à certains égards. En raison de l'épidémie de Covid-19, le droit a intégré des dispositions dérogatoires et temporaires devant permettre au pays de continuer à fonctionner en cette période de trouble. Le droit des sociétés, comme tant d'autres matières, a été affecté. Une ordonnance datée du 25 mars 2020¹ a introduit une mesure qui permet, sous condition, la tenue d'une assemblée générale (ci-après « AG ») sans qu'aucun de ses membres n'y soit présent ni physiquement ni par conférence téléphonique ou audiovisuelle² (ci-après abordée sous l'expression « huis clos »). La disposition autorise exceptionnellement les sociétés à tenir des AG sans qu'il n'y ait la moindre participation. Dans le même temps, l'ordonnance a aussi permis à toutes les sociétés d'avoir recours à la conférence téléphonique ou audiovisuelle, pour le cas où elles souhaiteraient tout de même permettre aux membres de l'assemblée d'y participer, et ce sans que leurs statuts ni même la

¹ Ord. n°2020-321 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles de réunion et de délibération des assemblées et organes dirigeants des personnes morales et entités dépourvues de personnalité morale de droit privé en raison de l'épidémie de covid-19, JORF n°0074 du 26 mars 2020.

² Ord. préc. art. 4. La disposition en vigueur depuis le 3 décembre 2020 exige simplement qu'à la date de la convocation de l'assemblée ou à celle de sa réunion, une mesure administrative limitant ou interdisant les déplacements ou les rassemblements collectifs pour des motifs sanitaires fasse obstacle à la présence physique à l'assemblée de ses membres.

loi n'aient prévu une telle faculté³. Il y a là de quoi éveiller l'intérêt pour la digitalisation des assemblées générales et permettre la mise en avant de ses atouts.

L'assemblée générale, réunie au moins une fois par an pour l'approbation des comptes de l'exercice écoulé, est un lieu de rencontre privilégié où les organes de gestion s'expliquent sur la gouvernance de la personne morale et présentent leur politique pour l'avenir aux actionnaires ou associés de la société. Elle est l'endroit où se tiennent les débats et où s'expriment les votes. C'est une place dédiée aux rencontres humaines, favorisant une pluralité d'interactions dépassant le simple cadre juridique.

À l'ère du tout numérique, où la dématérialisation des contacts est devenue une norme, il semble approprié d'amorcer une réflexion sur certains moyens de participation à distance aux assemblées générales autorisés par le droit positif. Pour que nous parlions de « digitalisation » de l'AG, le procédé retenu devra offrir aux actionnaires (ou associés) des modalités de participation et de vote, à distance et en direct, qui leur permettent d'exercer leurs droits dans des conditions similaires à celles dont ils disposent lorsqu'ils sont physiquement présents en séance. Cela est rendu possible par certaines technologies telles que les conférences téléphoniques et audiovisuelles qui passent par le réseau internet. Pour que nous puissions considérer que le procédé est abouti, il devra présenter la possibilité d'un échange en direct à l'issue duquel seulement, l'actionnaire (ou l'associé) pourra exprimer son vote. Contrairement aux autres modalités de vote à distance, s'effectuant en amont de l'assemblée, ce dispositif rendrait possible le réajustement du sens de sa position après avoir assisté aux délibérations et serait de nature à permettre les incidents de séance⁴.

³ Ord. préc. art. 5, I.

⁴ Dans les sociétés anonymes l'incident de séance est le fait de révoquer et de remplacer un ou plusieurs administrateurs ou membres du conseil de surveillance, en cours de séance, indépendamment de toute inscription en ce sens à l'ordre du jour. (Art. L. 225-105, al. 3 du code de commerce). La disposition est

La mise en place d'un tel dispositif pourrait bien se révéler très utile sous différents aspects. D'un point de vue financier, préoccupation souvent centrale, l'emploi d'un procédé dématérialisé devrait permettre aux sociétés les plus importantes de constater rapidement des économies d'échelle⁵. Nous noterons également, parmi ses conséquences escomptées, une hausse de la participation des actionnaires (ou associés) aux AG. La dématérialisation de l'assemblée aurait en effet le mérite de faire disparaître les contraintes liées à l'éloignement physique de ses membres et devrait permettre d'intéresser même les plus petits actionnaires (ou associés) aux débats et, *a fortiori*, au vote. Il est envisageable qu'une telle procédure ait un impact, au moins psychologique. La facilité d'accès aux assemblées devrait redéfinir la position de certains actionnaires, considérés comme de simples apporteurs de capitaux, lesquels seraient promus au rang de partie prenante à l'œuvre sociale. De quoi peut-être, les dissuader de donner un mandat sans précision de la personne chargée de la représentation. Il est donc concevable que la pratique révèle un recul des « pouvoirs en blanc ».

En son état actuel, le droit positif autorise certaines sociétés à mettre en œuvre un dispositif digitalisé qui réunit les conditions de participation et de vote telles qu'évoquées. Il conviendra de l'analyser (I) avant de s'interroger sur ses perspectives d'avenir (II).

I) La digitalisation des AG : état

Il conviendra de rappeler le champ d'application de la digitalisation des AG en droit positif (A) avant d'analyser le régime applicable aux sociétés qui en bénéficient (B).

applicable par renvoi aux sociétés en commandite par actions (art. L. 226-1 du code de commerce).

⁵ Sur ce point v. A. Lecourt, « Numérique et fonctionnement de la société », *Répertoire IP/IT et Communication Droit des sociétés et numérique*, Dalloz, nov. 2020.

A) Champ d'application de la digitalisation

La première procédure dématérialisée de participation et de vote à distance et en direct aux assemblées générales, qu'elles soient ordinaires (ci-après « AGO ») ou extraordinaires (ci-après « AGE »), a été introduite par la loi NRE de 2001⁶ au II de l'article L. 225-107 du code de commerce. La disposition, édictée pour les sociétés anonymes (ci-après « SA »), est applicable par renvoi aux sociétés en commandite par actions⁷ (ci-après « SCA ») et aux sociétés européennes⁸ (ci-après « SE »). Les SA et SCA peuvent se prévaloir de la mesure que leurs titres soient ou non négociables sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation (ci-après « SMN »). Depuis 2017⁹, les SA non cotées peuvent même se prévaloir de l'article L. 225-103-1 du code de commerce qui permet le recours à une procédure complètement digitalisée quel que soit le type d'assemblée. La disposition est applicable par renvoi aux SCA¹⁰, également non cotées, ainsi qu'aux SE¹¹. Contrairement à ce qui existait jusque-là, où seules les assemblées hybrides étaient permises, ces sociétés peuvent dorénavant tenir des AG exclusivement par visioconférence ou par

⁶ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

⁷ L'art. L. 225-107 du code de commerce est applicable aux SCA par renvoi de l'art. L. 226-1 du même code.

⁸ L'art. L. 225-107 du code de commerce est applicable aux SE par renvoi de l'art. L. 229-8 du même code (v. également art. 53 du règl. (CE) n°2157-2001 du Conseil du 8 oct. 2001 relatif au statut de la société européenne (SE)).

⁹ Ord. n°2017-747 du 4 mai 2017 portant diverses mesures facilitant la prise de décision et la participation des actionnaires au sein des sociétés, JORF n°0106 du 5 mai 2017.

¹⁰ L'art. L. 225-103-1 du code de commerce est applicable aux SCA par renvoi de l'art. L. 226-1 du même code.

¹¹ L'art. L. 225-103-1 du code de commerce est applicable aux SE par renvoi de l'art. L. 229-8 du même code (v. également art. 53 du règl. (CE) n°2157-2001 du Conseil du 8 oct. 2001 relatif au statut de la société européenne (SE)).

des moyens de télécommunication. Pour les émetteurs dont les titres sont négociables sur un marché réglementé ou sur un SMN, les AG « *fully virtual* » demeurent prohibées.

Les sociétés à responsabilité limitée (ci-après « SARL ») n'ont pu commencer à partiellement digitaliser leurs assemblées générales qu'en 2008¹² (aucune disposition n'y autorise la tenue d'AG « *fully virtual* »). Contrairement à ce qui est autorisé dans les SA, SCA et SE, la disposition qui figure au troisième alinéa de l'article L. 223-27 du code de commerce limite cette faculté aux assemblées qui n'ont pas pour objet l'approbation des comptes annuels (et comptes consolidés le cas échéant).

Le droit positif reste muet pour les sociétés civiles et les autres sociétés commerciales¹³ qui ne peuvent donc se prévaloir d'aucune disposition leur permettant de digitaliser leurs AG¹⁴. Toutefois, nous noterons que le premier alinéa de l'article L. 227-9 du code de commerce, applicable aux sociétés par actions simplifiées (ci-après « SAS), dispose que : « Les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient. ». Cette grande souplesse statutaire, caractéristique de cette forme sociale, devrait permettre l'introduction dans les statuts d'une stipulation permettant et

¹² Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, JORF n°0181 du 5 août 2008.

¹³ Par exemple, en l'état la législation ne permet pas aux sociétés en nom collectif et aux sociétés en commandite simple de digitaliser leurs AG.

¹⁴ Sur ce point, v. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2020-321 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles de réunion et de délibération des assemblées et organes dirigeants des personnes morales et entités dépourvues de personne morale de droit privé en raison de l'épidémie de Covid-19 qui précise que « l'article 5 étend et assouplit exceptionnellement le recours à la visioconférence et aux moyens de télécommunication (...) pour les groupements pour lesquels ce mode de participation alternatif n'est pas déjà prévu par la loi, en l'autorisant exceptionnellement ». Abstraction faite du contexte sanitaire, lorsqu'une société ne peut se prévaloir d'une disposition lui permettant le recours aux moyens audiovisuels ou téléphoniques pour tenir une AG, ils demeurent prohibés.

aménageant le recours à un dispositif digitalisé pour le cas où les décisions seraient prises en assemblée générale.

Les sociétés qui peuvent se prévaloir d'une disposition les autorisant à recourir à des procédés de participation et de vote aux AG, à distance et en direct, doivent se conformer au régime qui en définit les modalités.

B) Régime de la digitalisation

La digitalisation de l'assemblée est subordonnée à l'existence d'une prévision statutaire. C'est le préalable requis par l'ensemble des textes applicables aux SA, SCA, SE, SARL et par hypothèse aux SAS.

Les dispositions précitées abordent la digitalisation comme une participation à l'assemblée « par visioconférence ou par des moyens de télécommunication » permettant l'identification des actionnaires ou associés, dont la nature et les conditions d'application sont déterminées par décret en Conseil d'État¹⁵. Si le terme « visioconférence » est évocateur et renvoie à une conférence visuelle et sonore à distance entre plusieurs individus, l'appréhension de la notion de « télécommunication » n'est pas aussi aisée. Nous l'entendrons, en dépit de l'ambiguïté de certains textes (v. *infra*), comme un dispositif de conférence téléphonique¹⁶.

Conformément aux dispositions législatives, des dispositions réglementaires précisent les exigences techniques des dispositifs pouvant être mis en œuvre par les SA, SCA, SE et SARL pour que la participation en assemblée puisse s'y effectuer en

¹⁵ Exigences formulées pour les SA aux art. L. 225-107 et L. 225-103-1 du code de commerce, lesquels sont applicables aux SCA par renvoi de l'art. L. 226-1 et aux SE par renvoi de l'art. L. 229-8 du même code (v. art. 53 du règl. (CE) n°2157-2001 du Conseil du 8 oct. 2001 relatif au statut de la société européenne (SE)). Les exigences sont également retrouvées pour les SARL à l'art. L. 223-27 al. 3 du code de commerce

¹⁶ v. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-747 du 4 mai 2017 portant diverses mesures facilitant la prise de décision et la participation des actionnaires au sein des sociétés

visioconférence ou par des moyens de télécommunication. Afin de garantir l'identification et la participation effective des actionnaires ou associés, ces moyens « transmettent au moins la voix des participants et satisfont à des caractéristiques techniques permettant la retransmission continue et simultanée des délibérations. »¹⁷. Lorsqu'une société a recours à ces dispositifs, le procès-verbal des délibérations de l'assemblée doit mentionner la survenance d'un éventuel « incident technique relatif à la visioconférence ou à la télécommunication, lorsqu'il a perturbé le déroulement de l'assemblée »¹⁸.

Nous noterons que les autres conditions imposées aux SA, SCA et SE le sont par des textes souffrant d'équivoque. En application de l'article R. 225-61 du code de commerce, les SA doivent mettre en place un site internet dédié aux votes à distance effectués « par des moyens électroniques de télécommunication ». Cette disposition, applicable par renvoi aux SCA¹⁹ et SE²⁰, concerne les votes qui sont émis par internet, qu'ils soient exprimés avant l'assemblée ou pendant la séance. La distinction avec les « moyens de télécommunication »²¹, censés renvoyer à la conférence téléphonique, devient trouble. Ensuite, l'article R. 225-98 du code de commerce, figurant également dans le chapitre V dédié aux SA

¹⁷ Formule employée à l'art. R. 225-97 du code de commerce (pour l'application des art. L. 225-107 et L. 225-103-1 édictés pour les SA et applicables aux SCA par renvoi de l'art. L. 226-1 et aux SE par renvoi de l'art. L. 229-8) et identiquement reprise à l'art. R. 223-20-1 du même code (pour l'application de l'art. L. 223-27 édicté pour les SARL)

¹⁸ Formule employée à l'art. R. 225-99 du code de commerce (édité pour les SA et applicable aux SCA par renvoi de l'art. L. 226-1 et aux SE par renvoi de l'art. L. 229-8) et à l'art. R. 223-24 al. 1 du même code (édité pour les SARL)

¹⁹ L'art. R. 225-61 est applicable aux SCA par renvoi de l'art. L. 226-1

²⁰ L'art. R. 225-61 est applicable aux SE par renvoi de l'art. L. 229-8

²¹ Formule employée aux art. L. 225-107, II et L. 225-103-1 al. 1 du code de commerce

et applicable par renvoi aux SCA²² et SE²³, subordonne l'accès au site internet à l'identification par un code, fourni préalablement à l'assemblée aux actionnaires qui souhaitent y voter « en séance par voie électronique dans les conditions de l'article R. 225-61 ». Là encore la rédaction souffre d'une ambiguïté. Faut-il s'en tenir à une interprétation littérale qui n'exige pas cette formalité lorsque le vote à distance est exprimé avant l'assemblée ? Cela paraît peu probable.

Les dispositions applicables aux SARL, largement inspirées par le régime existant dans les SA, bénéficient néanmoins de plus de clarté. Lorsque ces sociétés souhaitent permettre cette modalité, le second alinéa de l'article R. 223-20-1 du code de commerce les oblige également à mettre en place un site internet dédié aux votes exprimés par « des moyens électroniques de télécommunication », lequel ne sera accessible aux associés qu'après qu'ils se soient identifiés au moyen d'un code fourni préalablement à la séance. Le troisième alinéa de la disposition vise expressément l'hypothèse d'une participation aux débats et d'un vote « par conférence téléphonique ». Là encore, ces facultés sont subordonnées à l'identification par un code fourni préalablement à la tenue de l'AG. Ici, la distinction a le mérite d'être nettement plus claire.

Lorsqu'une SA ou une SCA, non cotée, projette en application de l'article L. 225-103-1 du code de commerce la tenue d'une assemblée générale « exclusivement par visioconférence ou par des moyens de télécommunication » (« *fully virtual* »), la loi reconnaît un droit d'opposition à certains actionnaires²⁴. Un ou plusieurs d'entre eux, représentant au moins 5 % du capital social, peuvent s'opposer à ce qu'une AGE soit complètement digitalisée. Les statuts permettant cette modalité de tenue des assemblées

²² L'art. R. 225-98 est applicable aux SCA par renvoi de l'art. L. 226-1

²³ L'art. R. 225-98 est applicable aux SE par renvoi de l'art. L. 229-8 (v. également art. 53 du règl. (CE) n°2157-2001 du Conseil du 8 oct. 2001 relatif au statut de la société européenne (SE))

²⁴ Art. L. 225-103-1 al. 2 du code de commerce

précisent si cette prérogative s'exerce avant ou après les formalités de convocation²⁵.

Après avoir abordé l'état de la digitalisation telle qu'admise par le droit positif, il convient de s'interroger sur ses perspectives d'avenir.

II) La digitalisation des AG : perspectives d'avenir

Le procédé de digitalisation des assemblées n'a pas encore atteint son plein potentiel. Pour se faire, une extension légale de la digitalisation des AG est souhaitable (A) et des moyens techniques doivent être développés (B). Il est envisageable, dans un futur proche, que les sociétés aient de plus en plus recours à des assemblées générales « hybrides » (B).

A) Une extension légale souhaitable

Dans une perspective d'évolution, le législateur pourrait revoir les dispositions légales relativement restrictives qui encadrent la digitalisation des AG et ce afin de libéraliser l'utilisation des procédés de participation et de vote à distance et en direct.

Par exemple, nous expliquons difficilement l'interdiction qui est faite aux SARL de recourir à des moyens de visioconférence ou de télécommunication lorsque leurs AG délibèrent sur les comptes annuels²⁶. Cette restriction, qui s'explique peut-être par la volonté d'affirmer, sur ce point, le versant « société de personnes » de cette forme sociale « hybride », réduit considérablement le champ d'application des mesures de digitalisation. Pour une grande majorité des SARL, souvent de petites tailles, l'AGO annuelle est

²⁵ Art. R. 225-61-1 du code de commerce

²⁶ Art. L. 223-27 al. 3 du code de commerce

la seule assemblée de l'année. Les modifications statutaires qui donnent lieu à des AGE conservent un caractère exceptionnel et, lorsqu'il y'en a, elles sont en pratique souvent tenues directement après l'AGO, ce qui ne laisse pas de place pour l'usage d'un procédé permettant de digitaliser l'assemblée (même partiellement).

Rien ne semble s'opposer non plus à ce que la procédure permettant la tenue d'AG hybrides (v. *infra*), soit ouverte aux autres sociétés commerciales ainsi qu'aux sociétés civiles, qui ne peuvent pas s'en prévaloir en l'état actuel du droit positif. En d'autres termes, la digitalisation partielle des assemblées devrait être permise à toutes les formes sociales.

Allons plus loin, les sociétés cotées, dans lesquelles les actionnaires sont nombreux et dispersés, sont une cible privilégiée pour les bienfaits espérés de la mesure. À cet égard, le législateur devrait les inciter plus fermement à digitaliser leurs AG. Pour se faire, il est concevable que le dispositif soit rendu possible non plus en présence d'une clause statutaire le prévoyant mais, par exemple, en l'absence d'une clause en interdisant le recours. Un auteur a même pris le parti de le rendre obligatoire dans ces sociétés²⁷.

Une uniformisation des termes employés semble également s'imposer afin de dissiper les ambiguïtés sources de confusion. Une meilleure lisibilité des dispositions, notamment de celles qui encadrent le régime de la digitalisation des AG dans les SA, devrait contribuer à la démocratisation du procédé.

Néanmoins, l'axe législatif n'est pas le seul sur lequel il convient de travailler. Des moyens techniques doivent être développés.

B) Le développement de moyens techniques

Pour permettre la digitalisation de leurs assemblées les sociétés doivent se munir de moyens techniques correspondant aux exigences légales. Les difficultés rencontrées à cette occasion

²⁷ P.-H. Conac, « Pour une véritable démocratie actionnariale numérique », *Rev. sociétés*, 2017, p. 457

semblent, au moins à première vue, freiner les sociétés qui continuent de manifester une défiance à l'égard de ces procédés dont la fiabilité pourrait ne pas être assurée. En effet, plus le nombre d'actionnaires ou d'associés est élevé, plus le fait de garantir l'identification et la participation effective de chacun d'entre eux s'avère être un défi technique de taille. Il s'agit d'une potentielle justification au délaissement de ces dispositifs par les sociétés cotées²⁸. Elles ont pourtant été appelées à en user à de multiples reprises²⁹, en raison de leurs nombreux actionnaires dispersés, auxquels la digitalisation pourrait être profitable (*a fortiori* en période de crise sanitaire où les AG ont bien souvent été tenues à huis clos³⁰).

À cet égard, la technologie *blockchain* s'avère prometteuse. Abordée par le droit français comme « un dispositif d'enregistrement électronique partagé »³¹, elle est basée sur des échanges entre utilisateurs sans intervention d'un organe central (« *peer-to-peer* »). La possibilité offerte aux actionnaires (ou associés) d'une société de communiquer entre eux, sans délai et sans que les organes de direction ne puissent interférer, ainsi que

²⁸ v. Rapport du groupe de travail présidé par M. Yves Mansion : Pour l'amélioration de l'exercice des droits de vote des actionnaires en France, 15 sept. 2005, p. 36 et Rapport de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées, 24 novembre 2020, p. 18

²⁹ v. Rapport « Mansion » préc., Rapport « Poupart-Lafarge » (sur les assemblées générales d'actionnaires de sociétés cotées, 7 fév. 2012), Rapport du groupe de travail de la commission consultative épargnants (pour un vote transparent et effectif en assemblée générale à l'ère du numérique, mars 2017), Rapport de l'AMF préc.

³⁰ À ce sujet v. A. Couret, « Les assemblées générales des sociétés anonymes en 2020 : bilan et perspectives », *JCP E*, 15 oct. 2020, p. 1389, B. Dondero, « Covid-19 et tenue des AG dans les sociétés », *JCP E*, 28 janv. 2021, p. 1042, O. de Bailliencourt, « La prolongation de l'ordonnance AG : une prolongation de l'atteinte à la démocratie actionnariale pour la prochaine saison des assemblées générales de sociétés cotées ? », *Droit des sociétés* n° 1, janv. 2021, comm. 8

³¹ Art. L. 223-12 du code monétaire et financier, relatif à l'émission et la cession de minibons (introduit par l'ordonnance n° 2016-520 du 28 avril 2016 relative aux bons de caisse)

son caractère infalsifiable³² séduisent. Elle faciliterait alors l'identification du titulaire du droit de vote et lui permettrait notamment de prendre position, à distance et en direct, de manière sécurisée tout en ayant une connaissance précise du nombre de voix que ses titres lui octroient³³. La technologie a déjà été expérimentée à l'étranger, dès 2016, notamment par le NASDAQ sur le marché Estonien³⁴ et sur le marché ADX à Abu Dhabi³⁵. Son succès explique qu'elle serve de support à des recherches menées actuellement par des sociétés cotées sur Euronext, pour développer des plateformes de vote électronique³⁶. Il n'est pas inenvisageable que l'utilisation démocratisée de la *blockchain*, caractérisée par la rapidité du transfert des informations, permette de surmonter l'absence de prise en compte des mouvements de titres entre la date d'arrêté des positions (« *record date* »), à laquelle est déterminée la qualité d'actionnaire pour pouvoir participer à l'AG, et la tenue de l'assemblée³⁷. Ce délai pourrait bien être la dernière barrière à la

³² Sur la technique *blockchain* v. A. Lecourt, *op. cit.*

³³ *Ibid.*

³⁴ P. Riozzo, *Nasdaq to launch blockchain voting trial a success*, *Coindesk*, 12 févr. 2016 (www.coindesk.com, rubrique *events*)

³⁵ S. Higgins, *Abu Dhabi stock exchange launches blockchain voting service*, *Coindesk*, 17 oct. 2016 (www.coindesk.com, rubrique *events*)

³⁶ Rapport de l'AMF préc., p. 18

³⁷ Dans les sociétés cotées, la prise en compte s'effectue par l'inscription en compte des titres nominatifs ou au porteur « au deuxième jour ouvré précédant l'assemblée à zéro heure, heure de Paris » (art. R. 225-85 du code de commerce). Dans les sociétés non cotées, l'obstacle que représente la « *record date* » est à modérer, les titres étant le plus souvent des titres nominatifs et les mouvements y étant beaucoup moins fréquents. Leur prise en compte s'effectue par l'inscription en compte des titres « au jour de l'assemblée générale, dans les comptes de titres nominatifs tenus par la société. La société peut cependant, par une disposition spéciale de ses statuts, décider qu'il sera justifié du droit de participer aux assemblées par l'inscription des titres dans les mêmes comptes au deuxième jour ouvré précédant l'assemblée à zéro heure, heure de Paris. » (R. 225-86 du code de commerce). Sur ces points v. F. Barrière, « L'incidence du nouveau régime de la *record date* sur le droit de vote des actionnaires », *Rev. sociétés*, 2015, p. 288. Pour rappel, dans les SARL, le transfert de propriété

généralisation du procédé.

Toutefois, nous remarquerons que l'emploi de nouveaux procédés technologiques n'est pas sans risque. L'occasion pourrait être saisie par les sociétés pour collecter des données et affiner la connaissance de leur actionnariat à des fins discutables³⁸. Il conviendra de prêter une attention particulière à ce que ces évolutions ne se fassent pas au détriment des actionnaires ou associés.

En l'absence d'une évolution législative, espérons que la technologie aujourd'hui omniprésente et dont le progrès se fait à un rythme effréné, permettra de surmonter dans un avenir proche, l'obstacle technique. D'ici peu, la réticence jusqu'ici manifestée par les sociétés cotées³⁹ pourrait ne plus être justifiée par le manque de moyens disponibles. Ainsi, « s'il n'existe pas de barrière juridique (...), ni de barrière technologique (...), il ne manquerait finalement plus qu'une véritable volonté »⁴⁰. Rien n'interdirait alors de penser, considération faite d'un potentiel renforcement de la démocratie actionnariale (v. *infra*), que l'hésitation de certains émetteurs dissimule un motif contestable. Pour l'heure, nous pouvons encore accepter que les sociétés expriment certaines réserves sur la sécurité des dispositifs de participation et de vote en direct à distance. Gageons que les recherches menées aboutiront au développement de moyens sûrs, ouvrant la voie à une large mise en place d'assemblées générales « hybrides ».

C) Vers des AG hybrides

La possibilité de participer aux débats et de voter, à distance et en direct, permet la tenue d'assemblées hybrides accueillant à la

s'effectue sans délai selon le principe *solo consensu* et n'est soumis à aucune formalité d'inscription.

³⁸ Sur ce point v. A. Lecourt, *op. cit.*

³⁹ v. note 15

⁴⁰ v. not. J. Granotier, « Vers un véritable vote électronique en assemblée générale ? », *Droit des sociétés*, n° 8-9, août 2020, repère 8

fois des actionnaires (ou des associés) présents physiquement et d'autres à distance.

Bien que les SA et SCA non cotées ainsi que les SE soient autorisées, sous conditions ⁴¹, à tenir des assemblées « *fully virtual* », l'hybridation semble la voie à privilégier, et ce, pour plusieurs raisons. Premièrement, en l'état actuel du droit positif, l'assemblée hybride est ouverte à un plus large panel de formes sociales, ce qui doit permettre de démocratiser ces procédés. Ensuite, la tenue d'une assemblée complètement virtuelle prive ses membres d'un ensemble d'échanges informels dépassant le simple cadre juridique, et qui contribuent au maintien d'une cohésion bénéfique (*a fortiori* lorsque la société rencontre des difficultés). C'est pourquoi nous considérons que les AG complètement virtuelles ne sont pas forcément souhaitables.

L'intégration de modalités de participation et de vote à distance doit être envisagée comme une option supplémentaire offerte à l'actionnaire (ou à l'associé) qui doit conserver la faculté de se présenter physiquement s'il le souhaite. L'idée étant de lui offrir un choix pratique qui lui permette d'exercer ses prérogatives dans des conditions similaires, tout en économisant des frais de déplacement ou pour palier une présence physique rendue impossible par exemple.

Mais cette liberté n'est pas le seul bienfait escompté. Sans revenir sur la pleine utilité du procédé, nous rappellerons que l'hybridation des AG devrait favoriser la participation des actionnaires aux assemblées, surtout dans les sociétés cotées. Les plus petits d'entre eux peuvent y avoir la croyance, réelle ou supposée, de ne pas peser sur les décisions prises. De quoi les décourager de se déplacer ou d'exprimer un vote avant tout débat au fond. La disparition des contraintes géographiques et un accès facilité pour participer aux délibérations et pour voter en direct devraient permettre de les intéresser. Il y a là un moyen potentiel de consolider la démocratie actionnariale.

Certains émetteurs semblent disposés à ouvrir la voie.

⁴¹ V. art. L. 225-103-1 du code de commerce

L'Autorité des marchés financiers (AMF) remarquait, à l'occasion de son rapport annuel pour 2020⁴², que plusieurs grandes capitalisations Européennes cotées sur Euronext avaient mis en place des assemblées générales hybrides pour l'année 2020. Le procédé a été utilisé par ABN AMRO⁴³, Akzo Nobel⁴⁴, KPN⁴⁵ et par Randstad⁴⁶. Il aura fallu attendre 2021 pour ce qui semble être le premier exemple français. La société Amundi tenait, le 10 mai dernier, une assemblée générale mixte à « huis clos » en raison de la situation sanitaire⁴⁷. Néanmoins, elle précisait sur son site internet qu'afin « de préserver au mieux leurs droits, les actionnaires conserveront la possibilité d'assister et de participer à l'Assemblée Générale à distance et en direct, par voie de visioconférence via la plateforme LUMI TECHNOLOGIES »⁴⁸. Le quorum y était de 89,57%.

Contrairement à la dérogation temporaire édictée par le droit de l'urgence⁴⁹, le droit positif continue d'exiger une clause statutaire pour que la société puisse utiliser des procédés digitalisés pour la tenue de ses assemblées. À l'instar d'Amundi, qui a usé de ces dispositions exceptionnelles pour tenir une AG digitalisée, d'autres sociétés se sont peut-être initiées à cette pratique en période de crise. Il est envisageable, en cas de retombées positives, qu'elles aient demain le souhait d'introduire une disposition dans ce sens au sein de leurs statuts (c'est d'ailleurs ce que la société Amundi a fait). Il devra être porté une attention

⁴² Rapport de l'AMF, préc.

⁴³ ABN AMRO, *Terms and Conditions for Hybrid General Meetings*, 2020

⁴⁴ Akzo Nobel, *Manual and FAQ - Hybrid Annual General Meeting*, 2020

⁴⁵ KPN, *Invitation to attend the KPN Annual General Meeting of Shareholders 2020*, 4 mars 2020

⁴⁶ Randstad, *Policy regarding the Virtual General Meeting of Shareholders*, 2020

⁴⁷ En raison de l'épidémie de Covid-19, la société Amundi a tenu, sur le fondement de l'art. 4 de l'ord. n°2020-321 du 25 mars 2020 préc., une AG à huis clos hors la présence physique de ses actionnaires.

⁴⁸ <https://legroupe.amundi.com/Actionnaires/Assemblees-Generales>

⁴⁹ Ord. n°2020-321, art. 5, I

particulière aux stipulations qui encadrent l'expression du vote en direct à distance. De la main levée en visioconférence au vote électronique, diverses options sont possibles. Il conviendra notamment de les adapter aux moyens utilisés et à la taille de la société afin d'en anticiper les difficultés.

Sensibilisées au besoin de digitalisation des AG, révélé par la crise sanitaire, des sociétés cotées ont ouvert la voie. Nous sommes désormais en mesure d'affirmer que les procédés de participation et de vote aux AG, à distance et en direct, ne sont pas illusoire même dans les plus grandes sociétés. Ils existent et peuvent y être efficacement mis en œuvre, ce qui a pour conséquence la croissance des attentes qui pèsent sur elles à cet égard. De quoi, souhaitons-le, les inviter à s'engager rapidement dans cette direction. Dans le cas contraire, leur réticence à l'affermissement de la démocratie actionnariale, qui n'est pour l'heure que soupçonnée, pourrait s'avérer être une accablante réalité.

Dossier
« Immunité/impunité »

Immunité-impunité : propos introductifs

Kahina Khadraoui

Doctorante en droit public, à l'Université Bourgogne Franche-Comté, CRJFC

Ces propos introductifs visent à présenter les termes qui seront davantage approfondis par les développements suivants.

I. Définitions

Le terme « immunité » trouve ses racines dans le latin *immunitas* qui signifie « exemption, dispense ». Le suffixe *-itas* indique, quant à lui, un état, une condition. L'immunité serait donc l'état ou la condition d'un individu dispensé « de ». Cette traduction se rapproche de l'immunité telle qu'elle était envisagée au Moyen-Âge : le privilège d'un domaine féodal ou religieux exempté d'impôt. Aujourd'hui, ce terme est défini comme un privilège accordé à une personne en raison de sa qualité. Les dictionnaires donnent des définitions qui s'en rapprochent. L'immunité correspondrait au « droit de ne pas être soumis à la loi commune » ; ou encore à une « prérogative accordée par la loi à une catégorie de personnes ». Il y a une idée de dérogation, d'exemption, ou de privilège (*lex privata*). Le dictionnaire de vocabulaire juridique Cornu donne davantage de précisions, l'immunité étant définie au « sens strict » comme une « cause d'impunité qui, tenant à la situation particulière de l'auteur de l'infraction au moment où il commet celle-ci, s'oppose à toute poursuite, alors que la situation créant un privilège a pris fin ».

Les immunités constituent une limite à la compétence de la juridiction pénale chargée de connaître d'une infraction. Elles empêchent la mise en jeu de la responsabilité pénale en faisant

obstacle à l'action publique. Elles peuvent être diplomatiques, politiques, familiales ou judiciaires.

Les immunités diplomatiques sont prévues par la Convention de Vienne, du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques¹. Elles bénéficient aux agents diplomatiques accrédités et aux membres de leur famille. Elles empêchent les poursuites judiciaires à leur égard. Le préambule de la Convention de Vienne indique que « le but des [...] immunités [...] est d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions des missions en tant que représentant des États ».

Les immunités politiques peuvent être scindées en deux. Les immunités parlementaires envisagées par l'article 26 Constitution du 4 octobre 1958. L'immunité du Président de la République prévue par l'article 67 du même texte. Les premières sont destinées aux parlementaires et visent d'une part à protéger le titulaire contre d'éventuelles poursuites devant les tribunaux pour des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions, et d'autre part, à entourer de garanties procédurales les attaques concernant sa personne. La seconde a pour conséquence l'impossibilité de retenir la responsabilité du président pour des actes accomplis en cette qualité (sous réserve faite de la procédure de destitution [art. 68] et de la compétence de la Cour pénale internationale). Les immunités politiques ont pour finalité de préserver le fonctionnement régulier des institutions.

Les immunités familiales correspondent à celles accordées à certains membres d'une même famille, pour certaines infractions pénales portant atteinte aux biens (ex. : vol, escroquerie, extorsion, chantage, abus de confiance : art. 311-12 du Code pénal²), ou à la

¹ Convention de Vienne, 18 avril 1961, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 500, p. 95.

² Principalement les ascendants, descendants, conjoint, dont le mariage doit préexister la commission de l'infraction.

justice (ex. : non-dénonciation d'un crime³ ; recel criminel⁴ ; aide au séjour irrégulier d'un étranger⁵). L'importance de la famille au sein de la société explique l'existence de telles immunités. La famille constitue un élément de cohésion, une condition de l'équilibre social⁶. Les textes internationaux reconnaissent, à cet égard, que « la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et de l'État »⁷.

Les immunités judiciaires sont issues de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, à l'article 41, alinéa 4. Il dispose que les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux ne peuvent donner lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage. Une exception est néanmoins posée, lorsqu'ils sont étrangers à l'affaire, constituent un faux témoignage, ou une dénonciation calomnieuse. En matière judiciaire, la nécessité de sauvegarder des droits de la défense et de garantir la sincérité des témoignages est à l'origine des deux immunités prévues cette loi.

Les racines latines du terme « impunité » signifient « absence de châtement ou de punition ». L'emploi du suffixe « *-itas* » indique toujours un état ou une condition.

L'impunité correspond donc à l'état ou la condition d'une personne qui échapperait à un châtement ou une punition. Les dictionnaires communs s'accordent sur une seule et même définition du terme « impunité » qui correspond à l'« absence de punition ». Le vocabulaire juridique de Cornu dit, quant à lui, que l'impunité serait un « fait ». Celui « de ne pas être puni, de se soustraire à la punition (fuite) ; d'y échapper (manque de preuve) ; pour une raison de droit (immunité). » Il semble que l'impunité soit

³ Art. 434-1 Code pénal : parents, frères/ sœurs et leurs conjoints respectifs, ainsi que le conjoint de l'auteur du crime.

⁴ Art. 434-6 Code pénal : parents, frères/ sœurs et leurs conjoints respectifs, ainsi que le conjoint de l'auteur du crime.

⁵ Art. L. 622-1 Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

⁶ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 3e éd., t. I, n° 676.

⁷ Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, art. 16, § 3 ; Pacte de New York relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, art. 23.

une potentielle conséquence de l'immunité, bien qu'il ne faille pas confondre ces deux termes.

II. Rapprochement et éloignement des termes

Si un rapprochement peut être opéré entre immunité et impunité, ces termes ne se confondent pas. La première correspond à la protection d'un individu contre une action par dérogation au droit commun, il y a une idée de privilège dérogatoire. La seconde constitue une conséquence de l'immunité, mais, elle existe également indépendamment de celle-ci.

En effet, l'impunité peut être la conséquence de situations diverses : acquisition de la prescription, défaut de preuve, irresponsabilité, ou encore exemption de peine.

Tout d'abord, elle peut résulter de l'acquisition de la prescription, c'est-à-dire « le délai prévu par la loi, passé lequel la justice ne peut plus être saisi »⁸. L'impunité découle notamment de la prescription en matière pénale, puisqu'il s'agit du « délai au terme duquel l'action publique s'éteint en matière de poursuites ou de sanctions pénales »⁹. Autrement dit, passé ce terme, il n'est plus envisageable de poursuivre l'auteur des faits délictueux, qui restera impuni.

Le défaut de preuve est une autre source d'impunité. C'est une situation dans laquelle il n'existe pas suffisamment de charges permettant de retenir la culpabilité d'une personne. De ce fait, celle-ci ne sera pas sanctionnée.

L'irresponsabilité définie comme « l'exclusion de responsabilité tenant à la non-imputabilité du fait

⁸ « Prescription », *Le petit Robert*, 2021.

⁹ « Prescription », *Larousse*, 2021.

dommageable»¹⁰ constitue également une source d'impunité. En matière pénale, ce sont des « faits spécifiés par la loi qui justifient celui qui agit sous le coup de l'un d'entre eux, excluant ainsi sa responsabilité pénale »¹¹. Ces faits justificatifs, c'est-à-dire « de nature à excuser un acte, à disculper l'auteur d'un fait dommageable en écartant l'imputabilité ou l'illicéité d'un fait constituant ainsi une cause d'irresponsabilité civile ou pénale »¹², permettent à l'auteur d'échapper à la sanction qui aurait dû lui être attribuée. Ils assurent l'impunité de l'auteur par la suppression de sa responsabilité. Tel est le cas par exemple, de la légitime défense, de l'état de nécessité, du commandement donné par l'autorité légitime, du trouble mental ou encore de la contrainte. Ces causes objectives et subjectives d'irresponsabilité sont prévues aux articles 122-1 et suivants du Code pénal.

Enfin, l'exemption de peine, qui peut également être envisagée. Elle conduit à l'impunité dans la mesure où l'auteur d'une infraction bénéficie d'une absence de peine, en dépit du maintien du caractère infractionnel des faits. Il faut bien comprendre que dans cette situation, l'impunité ne découle pas de l'absence de responsabilité. L'auteur de l'acte bénéficie d'une exemption de peine pour des motifs de politique criminelle et d'utilité sociale. En ce sens, l'article 414-2 du Code pénal accorde une exemption de peine à la personne qui, ayant tenté de commettre l'une des infractions limitativement énumérées¹³, a averti l'autorité administrative ou judiciaire afin d'empêcher que l'infraction ne se réalise. En outre, elle permet à ladite autorité d'identifier, le cas échéant, les autres coupables. L'article 414-3 prévoit, pour sa part, une exemption de peine pour toute personne ayant participé à un complot dans les mêmes conditions.

¹⁰ G. CORNU, « irresponsabilité », in *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^e éd. 2018.

¹¹ *Ibid.*

¹² G. CORNU, « faits justificatifs », *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

¹³ Livraison à une puissance étrangère de troupes françaises, de tout ou partie du territoire national ; Livraison de matériels, constructions, équipements, installations, appareils ; Livraison de renseignements, procédés, objets ; Sabotage ; Attentat.

III. Immunité, impunité et peine

Si « la loi [...] doit être la même pour tous soit qu'elle protège soit qu'elle punisse »¹⁴, force est de constater que les immunités constituent une limite à cette affirmation.

La peine a une double dimension : rétributive lorsqu'elle tend à protéger la société et utilitariste dans la mesure où elle participerait à l'éducation de l'individu. En ce sens, l'article 130-1 du Code pénal dispose que pour « assurer la protection de la société, prévenir la commission de nouvelles infractions et restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion ». La dimension préventive de la peine était déjà envisagée comme l'une de ses finalités primaires de la peine par les penseurs, tels que Hobbes, Bentham, Romagnosi, Von Litz, ou encore Beccaria. Selon ce dernier, la peine permet « d'empêcher le criminel de faire de nouveaux torts à ses concitoyens et dissuader les autres d'en faire autant »¹⁵. Punir viserait finalement à maintenir les normes en vie tout en permettant à la société de perdurer de façon pacifique.

La société évolue et le droit s'adapte aux nouvelles formes de criminalité et délinquance, toujours dans une finalité préventive. Cette dernière finalité est davantage marquée aujourd'hui avec la multiplication des mesures de sûretés, des infractions-obstacles (ou préventives), et du développement exponentiel des pouvoirs des polices dites « administratives ». Mais, alors, et je terminerai sur ces propos : la question se pose de savoir quels sont les principes qui fondent le droit de ne pas punir ?

¹⁴ Art. 6 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

¹⁵ C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, traduit de l'italien par Collin de Plancy, Le Boucher, p. 232.

L'immunité/impunité du gérant associé unique qui cause un préjudice à la société

Tristan Gheidene

*Doctorant en droit privé à l'Université Bourgogne Franche-Comté,
CRJFC*

La Cour de cassation a récemment rappelé que *“le dirigeant social d'une société détient un pouvoir de représentation de la société d'origine légale”*¹. En principe, il a tout pouvoir pour agir au nom et pour le compte de la société qu'il dirige. Lorsque la société est victime d'un préjudice, c'est au dirigeant qu'il revient d'exercer une action en justice pour le compte de celle-ci, afin d'obtenir réparation. Il s'agit de l'action *ut universi*.

Or, il est possible que le dirigeant soit lui-même à l'origine du préjudice qui affecte la société. On pourrait penser que ce dernier bénéficierait d'une sorte d'impunité. C'est justement pour éviter cela que le législateur a prévu l'action dite *ut singuli*, qui permet à un ou plusieurs associés d'intenter l'action sociale en responsabilité contre le ou les gérants, afin d'obtenir la réparation du préjudice subi par la société.

Toutefois, une problématique se pose pour les sociétés unipersonnelles (EURL/SASU) lorsque l'associé unique exerce également les fonctions de gérant. Dans ce cas, ce n'est qu'une seule et même personne qui est compétente pour intenter les actions *ut universi* et *ut singuli*.

Peut-on pour autant parler d'une impunité voire d'une immunité du gérant associé unique ?

Habituellement, lorsqu'on évoque l'immunité d'un dirigeant, c'est vis-à-vis de ses rapports avec les tiers. Comme le rappelle, A. Tardif « Il est acquis en jurisprudence que le dirigeant social

¹ Cass. Com, 18 septembre 2019, 16-26.962.

bénéficie d'une « immunité » en ce sens qu'aucun tiers à la société ne pourra exercer une action en réparation contre lui en cas de fautes non détachables des fonctions »².

L'immunité du gérant associé unique serait encore plus étendue. En effet, l'associé unique est la seule personne à ne pas avoir le statut de tiers vis-à-vis de la société unipersonnelle. Par conséquent, il n'y a que lui qui pourra engager la responsabilité du gérant pour les fautes non détachables de ses fonctions. Le cumul des statuts de gérant et d'associé unique le rendrait totalement irresponsable pour ce type de fautes.

Toutefois pour en revenir aux tiers, ces derniers pourront engager la responsabilité du gérant d'EURL ou de SASU, s'il leur a causé un préjudice suite à une faute détachable de ses fonctions. Cependant, cette action ne permettra pas d'obtenir la réparation du préjudice subi par la société unipersonnelle.

De plus, le gérant associé unique peut commettre des actes préjudiciables pour la société sans pour autant que cela nuise à des tiers. Nous pensons notamment à la conclusion de conventions interdites. Plus précisément, il est interdit aux dirigeants autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société ou de se faire consentir une garantie³. On estime que ces « conventions procurent un avantage financier considérable au dirigeant qui, sous couvert de prêts ou d'avances, est en mesure de puiser dans les fonds sociaux »⁴.

Ce sont généralement les associés qui vont dénoncer ces conventions lorsqu'ils en prennent connaissance. Mais dans les EURL et SASU, lors que le gérant est l'associé unique, qui pourra les dénoncer ?

² A. TARDIF « L'immunité civile des dirigeants sociaux à la lumière des recours en contribution », *Revue Lamy droit des affaires*, n°159, 1^{er} mai 2020,

³ L. 223-21 C. Com SARL ; L. 225-43 C. com SA/SAS

⁴ *Le Lamy Droit du contrat 2020*, § 379.

Si le gérant associé d'EURL ou de SASU décide de se faire cautionner un crédit par sa propre société, il est évidemment que le banquier devra s'y opposer en vertu de son devoir de vigilance.

Si le gérant associé unique se fait directement accorder un emprunt par la société, il n'y aura aucun tiers qui interviendra à la convention et qui pourra éventuellement s'y opposer. D'ailleurs, il est peu probable que le gérant associé unique fasse un écrit.

Cependant, il est possible que certaines personnes puissent prendre connaissance d'une convention interdite conclue entre une EURL/SASU et son gérant associé unique. La nullité des conventions interdites étant absolue, toute personne ayant un intérêt pourra la demander.

On pense tout d'abord au commissaire aux comptes. Dans le cadre de son audit, il constatera certainement des anomalies dans les comptes de la société, qui seraient liées à la conclusion de la convention interdite. Il sera alors amené à interroger le gérant et ce dernier pourra éventuellement lui révéler l'existence de la convention litigieuse. Dans ce cas, nous estimons que le commissaire aux comptes a non seulement un intérêt mais aussi le devoir de dénoncer l'existence de cette convention.

Néanmoins, la nomination d'un commissaire aux comptes n'est obligatoire que s'il y a dépassement de 2 des 3 seuils suivants : 4 000 000 € de total bilan, 8 000 000 € de chiffre d'affaires HT, 50 salariés.

Il nous faut alors essayer d'identifier d'autres personnes ou organes qui auraient un intérêt à dénoncer une telle convention.

Dans les entreprises qui comptent au moins 11 salariés, un CSE (comité social et économique) doit être mis en place. Lorsque l'entreprise compte au moins 50 salariés, le CSE dispose de prérogatives intéressantes en matière économique. Il s'agit notamment de la consultation annuelle sur la situation économique et financière de l'entreprise, qui lui permet de se voir communiquer les comptes annuels ainsi que des rapports de gestion⁵. Si le CSE

⁵ Art. L.2312-25 Code du travail.

constate des anomalies, il pourra demander des explications au gérant et éventuellement saisir le juge. Toutefois, comme nous l'avons souligné, l'existence même du CSE et l'étendue de ses prérogatives dépendent du nombre de salariés dans l'entreprise.

Pour les EURL et SASU de moins de 11 salariés, on peut toujours envisager qu'un salarié finisse par découvrir la situation. Ce dernier pourrait bénéficier du statut de lanceur d'alerte. Le lanceur d'alerte étant défini comme « une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit »⁶. En effet, les conventions interdites peuvent être qualifiées d'abus de biens sociaux, puisque le dirigeant va de mauvaise foi, faire un usage du crédit de la société, qu'il sait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles⁷.

Reste à envisager le cas extrême où la société unipersonnelle avec gérant associé unique, n'aurait ni commissaire aux comptes ni salariés. Dans ce cas très particulier, le gérant associé unique pourrait impunément conclure des conventions interdites, tant que cela n'a pas d'impact négatif sur ses relations avec les tiers. Dans ce cas, on serait tenté de penser que la conclusion d'une telle convention est peu gênante, dans la mesure où le gérant est également le seul associé de la société. Toutefois, cela serait nier le principe de l'intérêt social qui a récemment été réaffirmé par la loi PACTE. Une société unipersonnelle est certes créée dans l'intérêt de son associé unique mais elle doit être gérée dans son intérêt social⁸.

L'intérêt social d'une EURL/SASU ne s'assimile pas au seul intérêt de son associé unique. Nous retiendrons la définition du Rapport Vienot :

⁶ Art. 6 Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (Sapin II), 9 décembre 2016.

⁷ Art. L.241-3 C. com (EURL), L.242-6 C. com (SASU).

⁸ Art. 1833 C. civ

« L'intérêt social peut ainsi se définir comme l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome »⁹.

Cette définition est également valable pour les sociétés unipersonnelles.

Quelles solutions pourraient être envisageables pour protéger une société unipersonnelle de son associé unique gérant ?

Une première serait de prévoir que la société unipersonnelle doit comporter au moins un gérant qui ne soit pas associé de la société. Dans le même esprit, on pourrait songer à l'instauration d'un organe de contrôle à l'instar du conseil de surveillance dans les sociétés anonymes à directoire. Toutefois, cela pourrait s'avérer être un frein à la création de société unipersonnelle. Il serait excessif de mettre en place de tels mécanismes.

La solution qui nous paraît la plus judicieuse serait d'imposer la nomination d'un commissaire aux comptes dans les sociétés unipersonnelles dont le gérant est l'associé unique.

⁹ Rapport VIENOT « Le conseil d'administration des sociétés cotées », 1995 (à la demande du MEDEF et de l'AFEP).

Immunité de juridiction contre droit au juge

Une tentative (réitérée mais toujours infructueuse)
de remise en cause de la notion immunitaire devant
la CEDH

Rémy Prouvèze

*Maître de conférences en droit public à l'Université Paul Valéry
Montpellier III, CRJFC*

Si l'immunité est une notion traditionnelle de l'ordre juridique international solidement ancrée dans le droit international positif, elle est également traditionnellement contestée. La contestation du phénomène immunitaire n'est en effet pas nouvelle. Les décisions des tribunaux belges et italiens au XIX^e siècle, à l'origine de l'avènement de la conception relative de l'immunité de juridiction des États, attestent d'un courant plus profond qui concerne l'ensemble du droit des immunités, tout comme les procédures pénales engagées contre des hauts responsables étatiques devant des juridictions étrangères qui n'en sont qu'une autre manifestation.

Le développement de la protection des droits de l'homme va aussi offrir aux détracteurs de l'immunité de nouvelles possibilités pour tenter, non pas de faire apparaître des exceptions à la règle immunitaire, mais de, ni plus ni moins, remettre en cause celle-ci.

La question des rapports entre immunité et droits de l'homme a été posée à la Cour européenne des droits de l'homme à l'occasion de plusieurs affaires dans lesquelles étaient confrontés l'immunité de juridiction d'un État ou d'une organisation internationale et le droit à un tribunal garanti par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le droit au juge (ou droit d'accès à un tribunal) constitue un principe dont l'affirmation, en tant qu'élément ou garantie de l'État

de droit, est l'œuvre de la jurisprudence. L'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ne consacre expressément que le droit à un procès équitable. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a toutefois interprété cette disposition pour conclure à la consécration d'un « (...) *'droit à un tribunal', dont le droit d'accès, à savoir le droit de saisir le tribunal en matière civile, ne constitue qu'un aspect* »¹.

L'affirmation de ce « (...) *droit d'avoir un accès concret et effectif à un tribunal* »² va servir de base à une tentative de réfutation de la notion d'immunité de juridiction. Il n'est pas question ici de contester l'étendue de la règle, au travers d'une exception fondée sur une quelconque activité délictueuse de la part de celui qui est protégé, mais bien la règle immunitaire elle-même³. Le particulier qui entend faire valoir ses droits devant une juridiction se trouve entravé dans son accès à la justice lorsque le défendeur bénéficie de l'immunité de juridiction. C'est de cette éventuelle incompatibilité d'une règle classique du droit international avec un droit garanti par le texte fondateur de la Cour et la jurisprudence de celle-ci que les juges de Strasbourg ont été saisis.

Si la Cour a fixé pour l'essentiel sa jurisprudence sur ce point à la fin des années 1990 - début des années 2000, elle ne s'en est pas départie depuis et reprend la même approche dans des affaires plus récentes mettant encore et toujours aux prises immunité et droit d'accès à un tribunal. Certes, la position de la Cour a pu

¹ CEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 36. Cette interprétation est, par ailleurs, renforcée par l'adoption d'une conception matérielle du droit subjectif par la Cour (voir N. FOULQUIER, « De la protection des droits... à l'insécurité juridique. Ou la remise en cause par la Cour européenne des droits de l'homme des fins de non-recevoir et des exceptions d'irrecevabilité consacrées par la procédure juridictionnelle française », *RTDH*, 2003, n°56, p. 1205-1213).

² F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 7^e éd. 2005, p. 338.

³ F. POIRAT, « Les immunités des sujets du droit international », in J. VERHOEVEN (dir.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, LGDJ/Larcier, 2004, p. 52.

quelques peu évoluer sous l'influence, par exemple, de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (ci-après CNUIJE) adoptée le 2 décembre 2004 que la Cour considère, même si elle n'est pas encore entrée en vigueur, comme l'expression du droit coutumier en la matière⁴. Les solutions retenues par la juridiction européenne empruntent cependant, à peu de chose près, toutes la même voie (I.) balisée par une très grande prudence de la part des juges de Strasbourg et qui n'échappe pas à la critique (II.).

I. Une jurisprudence constante de la CEDH

La Cour a eu à plusieurs reprises l'opportunité de se prononcer sur la compatibilité des immunités juridictionnelles avec l'article 6 § 1 de la Convention⁵. Après avoir eu connaissance d'immunités découlant du droit interne, la Cour a été confrontée à des immunités internationales⁶. À chaque fois, elle s'est basée sur un raisonnement similaire en plusieurs étapes⁷, attestant une jurisprudence relativement constante.

⁴ Voir par exemple : CEDH, *Wallishauser c. Autriche*, 17 juillet 2012, § 69 ; *Sabeh el Leil c. France*, 29 juin 2011, §§ 54 et 57 ; *Guadagnino c. Italie et France*, 18 janvier 2011, § 70 ; *Cudak c. Lituanie*, 23 mars 2010, §§ 66-67 ; *Oleynikov c. Russie*, 14 mars 2013, § 66.

⁵ L'article 13 a également pu être invoqué à l'appui de la contestation des immunités juridictionnelles des États, même si cette disposition ne vise pas forcément les recours juridictionnels (voir F. ZARBIEV, « Quelques observations sur le traitement de l'exception d'immunité juridictionnelle de l'État étranger par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2004, n° 59, p. 629-632).

⁶ Voir H. TIGROUDJA, « La Cour européenne des droits de l'homme et les immunités juridictionnelles des États. Observations sous les arrêts *McElhinney*, *Fogarty* et *Al-Adsani c. Royaume-Uni* du 21 novembre 2001 », *RBDI*, 2001, n° 2, p. 526.

⁷ Voir I. PINGEL-LENUZZA, « Autonomie juridictionnelle et employeur privilégié : concilier les contraires », *RGDIP*, 2000, n° 2, pp. 455-456 ; du même

Réaffirmant la nécessité de protéger le droit d'accès à un tribunal, qui constitue le préalable aux garanties procédurales posées par l'article 6 § 1, la Cour rappelle toutefois que « (...) le droit d'accès aux tribunaux n'est pas absolu (...) » et que, partant, il connaît des « (...) limitations implicitement admises »⁸. L'État dispose donc en la matière « d'une certaine marge d'appréciation »⁹. Néanmoins, ces limitations ne doivent pas porter atteinte au droit dans sa substance même. Elles doivent, en revanche, tendre à un but légitime et être proportionnées au but visé¹⁰. C'est sur ces derniers points (but légitime et limitations proportionnées) que l'argumentation de la Cour diffère selon qu'est en cause l'immunité d'un État ou d'une organisation internationale.

Quant au but, censé être légitime, on remarquera la formule laconique de la CEDH qui affirme que le but de l'immunité de juridiction des États est « (...) d'observer le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre États grâce au respect de la souveraineté d'un autre État »¹¹. Concernant l'immunité des organisations internationales, la Cour arrive à un résultat comparable en se fondant sur le fait que « [...] l'octroi de

auteur, « Droit d'accès aux tribunaux et exception d'immunité : la Cour de Strasbourg persiste », *RGDIP*, 2002, n°4, p. 895.

⁸ CEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §38. Voir aussi la formulation quasiment identique dans CEDH, *Cudak c. Lituanie*, *op. cit.*, § 55 ; et, plus récemment, CEDH, *Ndayegamiye-Mporamazina c. Suisse*, 5 février 2019, §51.

⁹ CEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, § 53. Voir également CEDH, *Cudak c. Lituanie*, *op. cit.*, § 55 et *Ndayegamiye-Mporamazina c. Suisse*, *op. cit.*, §51.

¹⁰ CEDH, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 57 ; *Waite et Kennedy c. Allemagne*, 18 février 1999, § 59. Voir également CEDH, *Beer et Reagan c. Allemagne*, 18 février 1999, § 49 ; *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 53 ; *Cudak c. Lituanie*, *op. cit.*, § 55 ; *Ndayegamiye-Mporamazina c. Suisse*, *op. cit.*, §51.

¹¹ La même formulation est utilisée dans les décisions CEDH, *Fogarty c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, §34 ; *Mc Elhinney c. Irlande*, 21 novembre 2001, §35 ; *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §54. Voir également CEDH, *Cudak c. Lituanie*, *op. cit.*, §60 ; *Sabeh El Leil c. France*, 29 juin 2011, §52 ; et *Ndayegamiye-Mporamazina c. Suisse*, *op. cit.*, §54.

privilèges et immunités aux organisations internationales est un moyen indispensable au bon fonctionnement de celles-ci, sans ingérence unilatérale de tel ou tel gouvernement [et] (...) constitue une pratique de longue date, destinée à assurer le bon fonctionnement de ces organisations »¹².

Quant au caractère proportionné des limitations imposées par le jeu de l'immunité au droit au juge, les arguments diffèrent selon qu'il est question de l'immunité des États ou de celle des organisations internationales.

Concernant ces dernières, l'existence « (...) d'autres voies raisonnables pour protéger efficacement les droits garantis par la Convention »¹³ suffit, aux yeux de la CEDH, à rendre la limitation du droit au juge proportionnée à son but¹⁴.

En ce qui concerne l'immunité des États, c'est sur l'activité étatique en cause que la Cour va se pencher. Dans la mesure où la Convention ne peut s'interpréter que d'une façon conciliante vis-à-vis des règles du droit international applicable aux parties¹⁵ et où les juges estiment que, d'après le droit international, l'immunité de juridiction des États couvre les actes concernés, ils en déduisent

¹² CEDH, *Beer et Reagan c. Allemagne*, *op. cit.*, § 53.

¹³ *Ibid.*, § 58.

¹⁴ L. CAFLISCH, « Immunité de juridiction et respect des droits de l'homme », in L. BOISSON DE CHAZOURNES et V. GOWLLAND-DEBBAS (dir.), *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité. Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, Kluwer Law International, The Hague, 2001, p. 673.

¹⁵ CEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 55. La Cour cite à cet effet l'article 31 § 3 c) de la *Convention sur le droit des traités*, signée à Vienne en 1969. Certains y voient une nouvelle tendance de la Cour, dans la mesure où elle a repris le même principe dans une décision du 12 décembre 2001 dans l'affaire *Bankovic et autres c. 16 États* (H. TIGROUDJA, « La Cour européenne des droits de l'homme et les immunités juridictionnelles des États. Observations sous les arrêts *McElhinney*, *Fogarty* et *Al-Adsani contre Royaume-Uni* du 21 novembre 2000 », *op. cit.*, p. 543-544).

l'absence de violation de l'article 6 § 1, peu importe alors qu'il y ait ou non d'autres modes de règlement¹⁶.

Dans les arrêts *Fogarty c. Royaume-Uni*, *Mc Elhinney c. Irlande* et *Al-Adsani c. Royaume-Uni* rendus simultanément le 21 novembre 2001, le droit international a ainsi pu s'apparenter à une sorte de bouclier derrière lequel la Cour se retranchait en refusant de voir dans certains cas, comme le recrutement dans des missions étrangères¹⁷, les dommages corporels¹⁸ et même la torture¹⁹, des exceptions à l'immunité des États devant les juridictions civiles. On remarquera avec Florence Poirat qu'il n'était pas véritablement question ici du caractère proportionné de l'atteinte au droit au juge puisque la Cour recherchait, simplement dira-t-on, si les agissements pour lesquels l'État revendiquait son immunité en bénéficiaient bel et bien au nom du droit international²⁰.

Depuis, la position de la Cour s'est toutefois nuancée et précisée du fait de l'adoption de la CNUIJE évoquée précédemment. Plus récemment, les juges ont ainsi pu s'appuyer sur l'article 11 de cette convention qui pose notamment le principe de la non immunité de juridiction d'un État devant les tribunaux

¹⁶ On relèvera tout de même que les juges de Strasbourg ont évoqué ce point dans la décision concernant l'affaire *Ndayegamiye-Mporamazina c. Suisse* de 2019 : si la Cour « rappelle que la compatibilité de l'octroi de l'immunité de juridiction à un État avec l'article 6 § 1 de la Convention ne dépend pas de l'existence d'alternatives raisonnables pour la résolution du litige (...) » en s'appuyant sur sa jurisprudence et celle de la Cour internationale de justice (voir CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt du 3 février 2012, Rec. 2012, § 101), elle ne manque pas de préciser que la requérante dispose de recours dans son pays d'origine et n'est donc pas « (...) dans d'une situation d'absence d'autre recours [...] » (CEDH, *Ndayegamiye-Mporamazina c. Suisse*, *op. cit.*, §64).

¹⁷ CEDH, *Fogarty c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §38.

¹⁸ CEDH, *Mc Elhinney c. Irlande*, *op. cit.*, §38.

¹⁹ CEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §61.

²⁰ F. POIRAT, « Les immunités des sujets du droit international », *op. cit.*, p. 54. Voir également O. DE FROUVILLE, note sous CEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, *Fogarty c. Royaume-Uni* et *McElhinney c. Irlande*, 21 novembre 2001, *JDI*, 2002, p. 277.

d'un autre État « (...) dans une procédure se rapportant à un contrat de travail entre l'État et une personne physique pour un travail accompli ou devant être accompli, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre État (...) », mais assortit de plusieurs exceptions. Parmi celles-ci, on retrouve celle prévue lorsque « l'employé a été engagé pour exercer des fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique »²¹, ce qui nous ramène à la distinction traditionnelle entre actes *jure imperii* et *jure gestionis* toujours pertinente donc, quand bien même elle peut soulever des difficultés en pratique. D'autres exceptions ont dès lors pu être envisagées par la Cour sur la base de la CNUJIE, comme la renonciation à l'immunité (à condition qu'elle soit « expresse, claire et non équivoque »²²) ou le lien du demandeur avec l'État du for²³.

On le voit, si le raisonnement s'est étoffé, les principes directeurs restent similaires et ce, même si les affaires s'avèrent différentes. Et ce n'est pas là la seule critique que la position retenue par les juges de Strasbourg encourt.

II. Une jurisprudence critiquable

Outre le fait que le raisonnement de la Cour, dans ces affaires, présente une certaine uniformité malgré des espèces très différentes si ce n'est qu'elles concernent toute l'immunité de juridiction²⁴, la jurisprudence de la CEDH appelle certaines remarques.

²¹ Article 11 §2 a) de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. Voir également CEDH, *Ndayegamiye-Mporamazina c. Suisse*, *op. cit.*, §53.

²² CEDH, *Ndayegamiye-Mporamazina c. Suisse*, *op. cit.*, §59.

²³ *Ibid.*, §§ 61-63.

²⁴ J. VERHOEVEN, « Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international », *op. cit.*, p. 134.

Un premier point méritant d'être soulevé concerne le postulat de départ du raisonnement de la Cour selon lequel le droit d'accès à un tribunal n'est pas absolu et connaît des limites. La grande relativité de ce droit, ainsi affirmée, peut être mise en question eu égard à l'importance particulière que revêt l'accès au juge, la Cour ayant souvent eu à cœur de rappeler « la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique »²⁵.

En conséquence, on aurait pu envisager une approche plus ouverte de ce droit et, au contraire, plus restrictive de ses limitations, au lieu de l'utilisation de la notion de limitations inhérentes « dont l'ancrage dans le droit européen des droits de l'homme est purement artificiel » et prête le flanc à la critique²⁶. Cette interprétation du droit à un tribunal ne semble cependant pas remise en cause, à l'exception de certains qui ont pu regretter « (...) que le droit d'accès à un tribunal s'incline devant une doctrine de l'immunité des États peu conciliable avec les impératifs de la justice et de la prééminence du droit »²⁷.

Une autre critique, dont souffre cette jurisprudence, concerne le but légitime de l'institution immunitaire et son affirmation par la Cour. Rappelons-le, selon celle-ci, il s'agit « (...) d'observer le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre États grâce au respect de la souveraineté d'un autre État »²⁸.

²⁵ CEDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, § 25 (nous soulignons) ; repris in CEDH, *Waite et Kennedy c. Allemagne*, *op. cit.*, § 67.

²⁶ F. MARCHADIER, « L'immunité souveraine en matière civile dans le contexte du droit européen des droits de l'homme », *Revue critique de droit international privé*, 2017/2 n° 2, p. 167.

²⁷ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 348. Voir aussi I. PINGEL, « Droit d'accès aux tribunaux et exception d'immunité : la Cour de Strasbourg persiste », *op. cit.*, p. 896.

²⁸ CEDH, *Fogarty c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §34 ; *Mc Elhinney c. Irlande*, *op. cit.*, §35 ; *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §54 ; CEDH, *Cudak c. Lituanie*, *op. cit.*, §60 ; *Sabeh El Leil c. France*, *op. cit.*, §52 ; et *Ndayegamiye-Mporamazina c. Suisse*, *op. cit.*, §54.

Si l'on met de côté la question de la légitimité de ce but du point de vue des droits de l'individu²⁹, la formule laisse toutefois perplexe quant à l'importance à accorder respectivement au droit et à la diplomatie dans ce domaine³⁰. Peut-être faut-il y voir davantage une maladresse qu'un problème de fond. La formulation n'en demeure pas moins critiquable, notamment au regard de la théorie des droits de l'homme, en l'absence de tout rattachement de ce but légitime « au respect des droits de tous (l'intérêt général) ou de chacun (les droits d'autrui) »³¹.

On pourrait ajouter que, si la Convention européenne constitue un instrument international et, à ce titre, doit se concilier avec l'ensemble des obligations que le droit international impose aux États (y compris ceux parties au texte européen), comme l'indique la Cour, il ne faut pas occulter le phénomène d'interaction qui aboutit parfois à faire du droit international et européen des droits de l'homme un « facteur d'évolution du droit international »³². On le voit tout particulièrement en ce qui concerne le droit des immunités : à l'origine de restrictions de

²⁹ Voir I. PINGEL-LENUZZA, *Les immunités des États en droit international*, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 46-53. Selon le Professeur Sassoli, « l'immunité (...) constitue une exception choquante à la primauté du droit et à l'égalité de tous devant le droit interne et international [...] » (M. SASSOLI, « L'arrêt Yerodia : quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international », *RGDIP*, 2002, n°4, p. 798). Voir également F. ZARBIEV, « Quelques observations sur le traitement de l'exception d'immunité juridictionnelle de l'État étranger par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 626-627.

³⁰ I. PINGEL, « Droit d'accès aux tribunaux et exception d'immunité : la Cour de Strasbourg persiste », *op. cit.*, p. 897.

³¹ O. DE FROUVILLE, note sous CEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni, Fogarty c. Royaume-Uni et McElhinney c. Irlande*, *op. cit.*, pp. 275-276.

³² G. COHEN-JONATHAN, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général (1998-1999) », *AFDI*, 1999, p. 767. Voir également J.-F. FLAUSS, « Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme », *RSDIE*, 2000, n°3, p. 299-300.

l'immunité dans certains cas, les droits de l'homme, lorsqu'ils sont violés, pourraient également justifier une « *non-immunité* »³³.

Dès lors, le caractère perturbateur qu'auraient revêtu les décisions de la CEDH (en faisant primer le droit au juge sur l'immunité) à l'égard de l'unité du droit international général, si l'on considère l'arrêt de la CIJ dans l'affaire *Yerodia*³⁴, ne semble pas un argument décisif : d'un côté, d'aucuns pourraient faire remarquer ici la portée, somme toute relative, du texte européen ; d'un autre, cela tuerait dans l'œuf toute velléité d'évolution du droit international qui pourrait découler du phénomène d'interaction précédemment évoqué.

Par ailleurs, on peut se demander si la solution retenue par les juges de Strasbourg, aboutissant à une application quasi systématique de la règle immunitaire, ne revient pas à vider de son sens un droit garanti par la Convention. Rappelons que « la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »³⁵. En empêchant l'accès au juge, l'immunité ne rendrait-elle pas justement un tel droit théorique ?

Si l'immunité ne signifie pas une interdiction pour *tous* les juges de connaître des poursuites engagées contre celui qui l'invoque, elle réduit cependant de façon drastique les chances pour un particulier de voir sa cause entendue par un tribunal « crédible »³⁶ et comporte des risques d'impunité, n'en déplaise à la CIJ³⁷. La

³³ G. COHEN-JONATHAN, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général (1998-1999) », *op. cit.*, p. 774-775.

³⁴ CIJ, *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt du 14 février 2002, *Rec.* 2002.

³⁵ CEDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, *op. cit.*, § 25 ; *Waite et Kennedy c. Allemagne*, *op. cit.*, § 67.

³⁶ J. VERHOEVEN, « Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international », *op. cit.*, p. 93.

³⁷ Dans son arrêt dans l'*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la CIJ a estimé qu'immunité ne signifiait pas impunité, identifiant quatre cas dans lesquels l'immunité de juridiction pénale d'un ministre des affaires étrangères n'empêchait pas les poursuites à son encontre (CIJ, *Affaire relative au mandat*

question est cependant esquivée par la CEDH³⁸, qui n'évoque le problème que de façon évasive, voire ambiguë³⁹.

C'est ce que reprochait le juge Loucaides aux décisions de la Cour dans les affaires *McElhinney c. Irlande*, *Fogarty c. Royaume-Uni* et *Al-Adsani c. Royaume-Uni* : d'après lui, l'application automatique de l'immunité « sans mettre en balance les intérêts concurrents, à savoir ceux que protège l'immunité dont il s'agit et ceux tenant à la nature de la demande spécifique qui est l'objet de la procédure pertinente, s'analyse en une limitation disproportionnée à l'article 6 § 1 de la Convention que, par ce motif, elle enfreint »⁴⁰.

La Cour a pourtant déjà souscrit à pareille opinion dans le cadre de l'affaire *Osman c. Royaume-Uni* en appréciant la proportionnalité d'une mesure conférant une immunité aux services de police britanniques en fonction de la manière dont celle-ci était appliquée. La conclusion à laquelle les juges sont arrivés était que l'application automatique de cette règle, « sans rechercher plus avant l'existence de considérations d'intérêt général concurrentes, ne ser[vai]t qu'à accorder une immunité générale à la police pour ses actes et omissions dans l'exercice de ses fonctions de recherche et de répression des infractions, et constitu[ait] une restriction injustifiable au droit pour un requérant d'obtenir une

d'arrêt du 11 avril 2000, op. cit., §§ 60-61). Voir cependant, concernant les arguments similaires développés à propos de l'immunité des États, J. F. LALIVE, « L'immunité de juridiction et d'exécution des États et des organisations internationales », *RCADI*, 1953, III, vol. 84, pp. 220-222.

³⁸ I. PINGEL, « Droit d'accès aux tribunaux et exception d'immunité : la Cour de Strasbourg persiste », *op. cit.*, p. 896.

³⁹ La Cour affirme, dans plusieurs décisions, que les limitations au droit au juge ne doivent pas restreindre « l'accès offert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même » (par exemple, CEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 53). Voir F. MARCHADIER, « L'immunité souveraine en matière civile dans le contexte du droit européen des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 171.

⁴⁰ CEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, Opinion dissidente de M. le Juge Loucaides.

décision sur le bien-fondé de sa plainte contre la police dans des affaires qui le méritent »⁴¹.

La différence de traitement de la question qui apparaît entre l'affaire *Osman*, d'une part, et celles concernant les immunités des organisations internationales et des États, d'autre part, a pu être justifiée par la nature distincte des immunités en cause. Dans la première, il s'agissait d'un cas d'immunité posée par le droit interne. La Cour se montre à ce propos plus exigeante, en exerçant un contrôle de proportionnalité plus strict – « parce que la marge de manœuvre de l'État dans l'élaboration de la norme est plus large [...] »⁴² – qu'à propos d'une immunité prévue par le droit international, qui plus est coutumier, comme cela est le cas dans le cadre des immunités reconnues aux États. Reste que, si la difficulté pour identifier la participation à la formation coutumière de la règle immunitaire applicable aux États est réelle⁴³, on ne voit pas en quoi cela empêcherait la mise en balance, évoquée par le juge Loucaides, des différents intérêts en présence.

À ce titre et à n'en pas douter, l'immunité répond à des exigences d'intérêt général que sont la sécurité et la bonne marche des relations internationales. Il n'en demeure pas moins que

⁴¹ CEDH, *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, §151.

⁴² H. TIGROUDJA, « La Cour européenne des droits de l'homme et les immunités juridictionnelles des États. Observations sous les arrêts *McElhinney, Fogarty* et *Al-Adsani contre Royaume-Uni* du 21 novembre 2001 », *op. cit.*, p. 542.

⁴³ Plus, en tout cas, qu'en ce qui concerne l'immunité des organisations internationales qui est essentiellement conventionnelle (F. ZARBIEV, « Quelques observations sur le traitement de l'exception d'immunité juridictionnelle de l'État étranger par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 636), même si la coutume peut avoir un rôle à jouer (A. MAHIOU, note sous France, Tribunal de commerce de Paris, 3^e chambre, *Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) et Fonds de coopération, de compensation et de développement de la CEDEAO c. Bank of Credit and Commerce International (BCCI)*, 4 décembre 1991, *JDI*, 1992, p. 702-703 ; A. MAHIOU, note sous Cour d'appel de Paris, 1^{ère} chambre, *Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDAO), Fonds de coopération, de compensation et de développement de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest c. Bank of Credit and Commerce International (BCCI)*, 13 janvier 1993, *JDI*, 1993, p. 358-360).

d'autres considérations peuvent se révéler du même ordre, si ce n'est encore plus impérieuses : l'interdiction de la torture et le droit d'obtenir réparation pour des actes de ce genre en font partie et leur garantie passe par l'accès au juge⁴⁴.

Par ailleurs, l'immunité de juridiction n'étant pas une norme impérative, il peut y être dérogé conventionnellement⁴⁵. La portée de cette dérogation sera toutefois limitée alors par le principe de l'effet relatif des traités et ne concernera donc que les États parties. Tel est le cas avec la Convention européenne des droits de l'homme qui, en tant que traité de protection des droits de l'homme, constitue en elle-même une restriction conventionnelle à la souveraineté des États qui en sont parties, mais qui ne saurait s'imposer à un État non partie. On peut comprendre dès lors que, lorsque l'État qui invoque son immunité n'a pas ratifié ou adhéré à la Convention européenne, la Cour puisse faire prévaloir l'immunité de juridiction sur le droit au juge afin de ne pas mettre l'État partie en porte-à-faux avec le droit international⁴⁶. On comprend moins que lorsque c'est un État partie qui est en cause, la solution soit en fin de compte identique, quand bien même « [l]a concession faite au droit international et à la souveraineté, en jugeant que l'immunité ne méconnaît pas le droit d'accès au juge, s'accompagne alors d'une protection juridictionnelle dont la Cour a les moyens de contrôler l'effectivité »⁴⁷.

⁴⁴ On s'éloigne cependant ici du simple article 6 § 1 pour empiéter sur le terrain des obligations positives.

⁴⁵ Le fait que l'immunité juridictionnelle des États constitue une règle antérieure à la Convention européenne n'apparaît donc pas comme un obstacle, le droit international étant toujours susceptible d'évoluer sous l'effet de pratiques nouvelles.

⁴⁶ Voir L. MILANO, « Les immunités issues du droit international dans la jurisprudence européenne », *RTDH* 76/2008, p. 1066.

⁴⁷ Voir F. MARCHADIER, « L'immunité souveraine en matière civile dans le contexte du droit européen des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 171. Fabien Marchadier ajoute également que « [l]a jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme confirme sa détermination à éviter, autant que faire se peut, que l'immunité de juridiction porte atteinte à la substance même du droit d'accès au juge et prive l'individu de toute protection

En définitive, on remarquera que la CEDH s'est refusée à emprunter la voie que certains ont tenté de lui faire prendre, notamment en ce qui concerne l'immunité des États⁴⁸.

Du fait d'une prudence⁴⁹ qu'on jugera peut-être excessive⁵⁰, cette jurisprudence n'aboutit pas à la remise en cause de l'immunité à laquelle un grand nombre aspiraient. L'affaire *Al-Adsani* et la décision y relative de la Cour ont ainsi cristallisé en leur temps le débat sur le bien-fondé d'une règle qui se révèle de plus en plus contestée. La controverse n'en est pas pour autant épuisée comme

juridictionnelle » (*ibid.*), citant l'arrêt *Zylkov c. Russie* du 21 juin 2011 à l'appui de son propos. Dans cette affaire, la Cour a sanctionné une violation de l'article 6, considérant que, en l'espèce, il y avait une atteinte de la part des autorités russes à la substance même du droit d'accès à un juge : les juridictions russes ont refusé d'examiner la demande d'un ressortissant russe contre l'ambassade de Russie à Vilnius (Lituanie) et l'ont renvoyé vers la justice lituanienne alors même « (...) qu'aucune juridiction lituanienne n'était assurée de pouvoir examiner l'affaire en raison de l'immunité de juridiction qu'aurait pu légitimement opposer la Russie » (F. MARCHADIER, « L'immunité souveraine en matière civile dans le contexte du droit européen des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 172).

⁴⁸ F. POIRAT, « Les immunités des sujets du droit international », *op. cit.*, p. 60.

⁴⁹ H. TIGROUDJA, « La Cour européenne des droits de l'homme et les immunités juridictionnelles des États.

Observations sous les arrêts *McElhinney, Fogarty et Al-Adsani contre Royaume-Uni* du 21 novembre 2001 », *op. cit.*, p. 544. L'auteur remarque cependant que « la Cour européenne des droits de l'homme fait preuve d'une prudence à laquelle elle avait peu habitué jusqu'à présent [...] » (*ibid.*, p. 548).

⁵⁰ « Dommage ! (...) la Cour a, malheureusement, raté une très bonne occasion de livrer une jurisprudence courageuse ! », tels sont les mots employés par le juge Ferrari Bravo dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt de la CEDH à propos de l'affaire *Al-Adsani*. Le Professeur Sudre estime, quant à lui, la jurisprudence en la matière « fort prudente » (F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 347). Le Professeur Pingel se montre plus virulente : « En choisissant de faire prévaloir cette institution contestée sur le droit d'accès aux tribunaux, la Cour se place à contre-courant de l'évolution générale et manque une nouvelle occasion de faire progresser le droit sur ce point » (I. PINGEL, « Droit d'accès aux tribunaux et exception d'immunité : la Cour de Strasbourg persiste », *op. cit.*, p. 898). Dans le même sens, voir O. DE FROUVILLE, note sous CEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni, Fogarty c. Royaume-Uni et McElhinney c. Irlande*, *op. cit.*, p. 278.

en atteste les requêtes qui ont suivi cette décision de 2001 et qui continuent depuis de remettre en question l'immunité de juridiction au regard du droit au juge, sans plus de succès... pour le moment.

Le statut contentieux du Président de la République

Carolane Audy

Doctorante en droit public à l'Université Bourgogne Franche-Comté, CRJFC

La Constitution de 1958 prévoit le régime de responsabilité du chef de l'État. Avant la révision de 2007, l'article 68 indiquait en son alinéa 1^{er} que « *Le Président de la République n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison.* » Le cas échéant, il était prévu qu'il soit jugé par la Haute Cour de justice¹. Cette disposition a suscité de nombreuses critiques de la part de la doctrine et de la sphère politique. D'une part, le manque de clarté de la notion de « haute trahison » – notion davantage politique que juridique – et son absence de définition, ne permettait pas de connaître la nature des faits qui pouvaient être qualifiés comme tel. D'autre part, le chef de l'État bénéficiait d'un privilège de juridiction selon le Conseil constitutionnel, car il ne pouvait être mis en cause que devant la Haute Cour de justice². Instituée par l'article 67 de la Constitution,

¹ La suite de l'article 68 de la Constitution de 1958 disposait en effet qu'« il ne peut être mis en accusation que par les deux assemblées statuant par un vote identique au scrutin public et à la majorité absolue des membres les composant ; il est jugé par la Haute Cour de justice ».

² Dans la décision n°99-408 DC du 22 janvier 1999, le Conseil constitutionnel rappelle qu'aux termes de l'article 68, le Président de la République, « pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions et hors le cas de haute trahison, bénéficie d'une immunité ; qu'au surplus, pendant la durée de ses fonctions, sa responsabilité pénale ne peut être mise en cause que devant la Haute Cour de Justice selon les modalités fixées par le même article ». Notons que la Cour de cassation (Ass. plén., 10 octobre 2001, *Breisacher*, *Bull. civ.*, Ass. plén., n° 11) ne retient pas le privilège de juridiction car elle estime, qu'en dehors des cas de haute trahison, les juridictions de droit commun sont compétentes. Elle conclut, elle, à l'inviolabilité temporaire du chef de l'État et donc au fait que les poursuites ne sont suspendues que jusqu'à la fin du mandat. Ainsi si le Conseil

cette Cour est composée de députés et de sénateurs. Face à ces critiques, le Président de la République Jacques Chirac a, par un décret du 4 juillet 2002, demandé la création d'une « Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République ». Comme cette Commission l'a souligné, cette question est délicate dans la mesure où elle nécessite de mettre en balance deux éléments déterminants : empêcher que le chef de l'État ne fasse l'objet d'attaques judiciaires incessantes qui fragiliseraient l'exercice de sa fonction exécutive, et éviter qu'il bénéficie d'une totale impunité qui risquerait de créer d'importantes polémiques³, notamment dans le contexte récent où les affaires mettant en cause des responsables politiques se multiplient. Présidée par Pierre Avril, la Commission a remis son rapport au Président de la République le 1^{er} décembre 2002. Elle propose de modifier le régime prévu aux articles 67 et 68 de la Constitution en se fondant sur quatre principes : la spécificité de la fonction présidentielle qui exige une protection spécifique, la proportionnalité de cette protection qui ne doit être ni absolue ni générale, la prononciation de la destitution du chef de l'État par la représentation nationale uniquement, et la compatibilité du régime de responsabilité pénale avec les engagements internationaux⁴.

Ces travaux ont inspiré la clarification du régime de responsabilité pénale opérée par la loi constitutionnelle du 23 février 2007. Initiée par le Président Jacques Chirac à la suite d'une promesse électorale tenue lors de la campagne présidentielle de 2002, cette révision reprend les propositions formulées dans le rapport. L'article 67 de la Constitution fixe, depuis, le statut pénal du chef de l'État. Il différencie les actes accomplis en qualité de Président de la République et les actes détachables de la fonction présidentielle. Concernant les premiers, c'est-à-dire les actes

constitutionnel et la Cour de cassation s'accordent à reconnaître que le chef de l'État n'est pas un justiciable comme les autres, le premier estime que la Haute Cour de Justice doit connaître de l'ensemble de la responsabilité pénale du Président, alors que pour la seconde, elle n'est compétente qu'en cas de haute trahison.

³ Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République du 1^{er} décembre 2002, p. 5.

⁴ *Ibid.*, p. 29.

accomplis dans le cadre de sa fonction, la loi constitutionnelle de 2007 confirme le principe de l'irresponsabilité puisqu'aucune action pénale, civile ou administrative ne peut être engagée contre lui, même après la fin de son mandat. La Constitution fixe tout de même deux exceptions : il peut être poursuivi devant la Cour pénale internationale pour crime contre l'humanité, génocide et crimes de guerre notamment⁵, et il peut être soumis à une procédure de destitution par la Haute Cour « en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat »⁶.

Le principe de l'irresponsabilité pénale n'est en revanche pas instauré pour les actes détachables de sa qualité de chef de l'État. La révision de 2007 vise à protéger la fonction présidentielle, non son titulaire. En d'autres termes, l'irresponsabilité pénale protège la *fonction*, non la *personne*. Nous allons donc établir un bref aperçu du statut contentieux du Président de la République en tant que personne – c'est-à-dire pour les actes qui ne relèvent pas de sa fonction – et les interrogations qu'il suscite, à la fois pendant (I) et après son mandat (II).

I) Le statut contentieux du Président de la République pendant son mandat

La Constitution pose un principe simple : pour les actes qui ne relèvent pas de sa fonction, le Président de la République ne peut pas faire l'objet d'une procédure judiciaire ou administrative pendant la durée de son mandat. En effet, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 67, « il ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite ». Pour reprendre

⁵ Art. 53-2 de la Constitution de 1958.

⁶ Art. 68 de la Constitution de 1958.

l'expression de Robert Badinter, il est « le seul français sous cloche immunisante »⁷, bien que, nous le verrons, cette immunité est temporaire. Ce principe s'inscrit dans le cadre classique des immunités qui sont apparues en 1789 et qui ont été constamment réaffirmées, à l'exception du Second Empire. La suspension des procédures et instances au cours de son mandat est nécessaire pour qu'il ne soit pas soustrait aux intimidations et pressions dont il pourrait être victime, et aux mesures coercitives qui l'empêcheraient de remplir sa fonction⁸. La justification de l'irresponsabilité pénale temporaire s'entend ainsi parfaitement au premier abord.

Un autre aspect du statut contentieux du Président de la République est, en revanche, plus problématique : la capacité de se porter partie civile. Cette possibilité implique que son statut juridictionnel change en fonction de sa position dans le procès. En effet, « la règle de droit varie selon qu'il est dans une situation dite « défensive » (immunité) ou « offensive » (droit d'agir en justice) »⁹. Cette réalité soulève des interrogations que n'ont pas manqué de souligner la doctrine. Anne-Blandine Caire regrette ainsi « la manifeste dissymétrie du statut contentieux du chef de l'État »¹⁰ et Olivier Beaud dénonce le « statut pénal asymétrique du président de la République »¹¹. Il est vrai que si l'immunité pénale du chef de l'État, en elle-même, peut s'entendre, le fait qu'il puisse, parallèlement, agir en justice, est, lui, plus critiquable. S'il est attaqué, il peut se défendre en invoquant son immunité. Cette protection spéciale met en exergue le fait qu'il n'est pas un citoyen comme les autres. Le droit de se porter partie civile lorsqu'il est confronté à un litige d'ordre privé, tend pourtant à faire de lui un

⁷ BADINTER R., JO Sénat, séance du 7 février 2007, p. 1221.

⁸ Comme souligné par le rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République du 1^{er} décembre 2002, p. 31.

⁹ BEAUD O., « Président et partie civile : une compatibilité problématique ? », *D.*, 2012, n° 29, p. 1920.

¹⁰ « Le point de vue de la CEDH sur la constitution de partie civile d'un président de la République », *D.*, 2019, n°8, p. 464.

¹¹ BEAUD O., « Président et partie civile : une compatibilité problématique ? », *op. cit.*, p. 1920.

justiciable ordinaire. À ce titre, Matthieu Pujol met en valeur « l'incohérence d'une situation où le chef de l'État peut s'ériger en accusateur sans qu'il soit possible, pendant la durée de ses fonctions, de le placer au rang des accusés »¹². Sans surprise, Nicolas Sarkozy a largement défendu cette possibilité en affirmant que « le fait d'être président, ne [me] donne pas moins de droits que les autres citoyens français ».

Il ne s'est d'ailleurs pas privé de ce droit puisqu'il n'a pas hésité à défendre ses intérêts privés devant les tribunaux civils, au cours de son mandat, dès qu'il l'estimait nécessaire¹³. L'une de ces affaires est d'ailleurs arrivée récemment devant la CEDH. L'utilisation frauduleuse de coordonnées bancaires par un groupe d'individus, dont un ressortissant mauritanien, est à l'origine de la décision « Thiam contre France ». L'une des victimes de ces infractions était le Président de la République Nicolas Sarkozy, qui s'est constitué partie civile. La procédure engagée mène le ressortissant mauritanien jusque devant le CEDH qui a dû se prononcer sur la question de savoir si le chef de l'État pouvait, ou non, se constituer partie civile pendant son mandat¹⁴. Elle a répondu positivement, mais la Cour de Strasbourg est restée prudente en rendant une décision d'espèce. Notons que Nicolas Sarkozy agissait ici en tant que personne privée et non en tant que représentant de l'État. La distinction entre l'individu, personne privée, et le gouvernant qui agit au nom de l'État est essentielle dans le droit de se porter partie civile. Elle n'est en revanche pas retenue dans le cas où des poursuites contre lui sont engagées ; qu'elles concernent la face privée ou la face publique du chef de l'État, ce dernier bénéficiera d'une immunité tout au long de son mandat. Comme l'a indiqué la Cour d'appel de Versailles,

¹² « La constitution de partie civile du chef de l'État. État des lieux et perspectives », *RFDC*, 2013, vol. 94, n° 2, p. 413.

¹³ Pour reprendre les termes de Matthieu Pujol, il « s'est montré particulièrement attentif à la défense de ses intérêts privés pendant la durée de ses fonctions » (« La constitution de partie civile du chef de l'État. État des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 397).

¹⁴ CEDH, 18 oct. 2018, n° 20018/12. Voir CAIRE A.-B., « Le point de vue de la CEDH sur la constitution de partie civile d'un président de la République », *op. cit.*, p. 464.

« l’ambiguïté de son statut contentieux vient de ce qu’il est tout entier destiné à le protéger des attaques judiciaires, mais ne lui interdit pas d’agir comme un justiciable ordinaire lorsqu’il décide de se tourner vers le juge »¹⁵.

Pour mettre fin à cette asymétrie, la solution la plus simple serait d’empêcher que le Président de la République puisse se constituer partie civile pendant son mandat en contrepartie de son immunité juridictionnelle. Cette réponse ne semble toutefois pas être la plus adaptée, en ce qu’elle priverait le chef de l’État d’agir en justice pour défendre ses intérêts privés pendant la durée de ses fonctions. Une autre solution semble plus appropriée. L’une des clés évoquées par Olivier Beaud réside dans l’application de la distinction entre la personne privée et la personne publique. Lorsqu’un problème juridique concerne l’homme, c’est-à-dire la face privée du chef de l’État, l’immunité de l’article 67 ne devrait pas pouvoir s’appliquer. Elle ne serait invocable que pour des litiges impliquant le gouvernant, c’est-à-dire la face publique du Président, dans la mesure où les immunités ne sont mises en place que pour « le bien de l’État » comme l’écrivait Henry Donnedieu de Vabres. Or, lorsqu’un litige concerne la personne privée, « le bien de l’État n’est plus en jeu »¹⁶ ; il n’y a donc aucune justification à l’application de l’immunité. Parallèlement rien ne s’opposerait à ce que le chef de l’État se porte partie civile dans le cadre d’un problème juridique ne concernant que l’homme privé, en prévoyant des aménagements procéduraux pour garantir une certaine distance entre le Président et les juges. Dans la même logique, il ne pourrait pas agir en justice en tant que chef de l’État. De cette manière, le statut contentieux du Président de la République en exercice reposerait tout entier sur la distinction personne privée - personne publique, ce qui, une fois les critères de la distinction établis, permettrait de lui redonner une certaine cohérence.

¹⁵ Versailles, 9^e ch. corr., 8 janv. 2010, n°09/02791, *Abdoul Aziz Thiam et autres c/ Ministère public*, D. 2010. 318.

¹⁶ BEAUD O., « Président et partie civile : une compatibilité problématique ? », *op. cit.*, p. 1921.

II) Le statut contentieux du Président de la République au terme de son mandat

L'immunité juridictionnelle du chef de l'État est temporaire. Elle prend fin au terme de son mandat, ou, plus précisément, un mois après puisqu'un « délai symbolique de décence républicaine d'un mois est prévu par l'article 67 de la Constitution »¹⁷. Le pouvoir de révision a tiré les conséquences de cette immunité temporaire en prévoyant la suspension des délais de prescription ou de forclusion, afin de garantir le principe d'égalité des justiciables devant la loi et de préserver l'intérêt des personnes concernées. Les procédures et instances mises en suspend pendant le mandat présidentiel peuvent donc reprendre, et de nouvelles peuvent être engagées. L'ancien Président de la République peut alors être mis en examen et condamné selon les règles de droit commun.

Cette situation s'est déjà produite à plusieurs reprises. Le premier à y avoir été confronté est Jacques Chirac dans le cadre de l'affaire relative aux emplois fictifs du RPR à la mairie de Paris. Son mandat ayant pris fin le 16 mai 2007, il a été entendu par un magistrat dès le mois de juillet de cette même année, puis mis en examen en novembre, avant d'être condamné par le tribunal correctionnel de Paris le 15 décembre 2011 à deux ans d'emprisonnement avec sursis pour abus de confiance, détournement de fonds publics et prise illégale d'intérêt. Nicolas Sarkozy a lui aussi dû faire face à plusieurs reprises à la justice, notamment dans le tout récent procès dit des écoutes Bismuth qui s'est tenu du 23 novembre au 10 décembre 2020. Il y a été jugé pour corruption, trafic d'influence et violation du secret professionnel. L'un de ses téléphones, pour lequel il utilisait une carte prépayée et le pseudonyme de « Paul Bismuth », a été placé sur écoute par les juges qui ont ainsi pu avoir accès à certains de ses échanges avec son avocat, Maître Thierry Herzog. Ils l'ont alors soupçonné d'avoir obtenu, auprès d'un magistrat, Gilbert Azibert, des

¹⁷ GICQUEL J.-É., « Le statut judiciaire de l'ancien président de la République », *LPA*, 2016, n°239, p. 23.

informations secrètes sur une autre affaire le concernant, à savoir l'affaire Bettencourt, en échange d'un poste à Monaco. L'ancien chef de l'État a été condamné, le 1^{er} mars, à trois ans de prison dont un ferme, mais a interjeté appel.

Ces exemples et les nombreuses mises en examen de Nicolas Sarkozy laissent penser que les anciens Présidents de la République sont des justiciables comme les autres. Il est pourtant possible d'en douter. L'immunité dont ils ont bénéficié tout au long de leur mandat met en suspend les poursuites et les instances en cours à leur encontre. Or, dans le cas où les Présidents de la République exercent deux mandats consécutifs, cette mise en suspend peut être particulièrement longue. C'est ainsi que, dans l'affaire précitée des emplois fictifs à la mairie de Paris, Jacques Chirac a effectivement été condamné, mais en raison notamment de ses douze années de mandat présidentiel et des manœuvres de ses avocats pour retarder le procès, il l'a été pour des faits commis plus de vingt ans auparavant. Cette réalité est insatisfaisante pour les justiciables qui ont dû patienter si longtemps avant d'avoir gain de cause. L'écoulement du temps présente également un risque d'altération des preuves et des témoignages. En effet, la conservation des anciennes preuves et la recherche de nouvelles peuvent s'avérer difficile, tout comme la mémoire des témoins peut être fragilisée, « si tant est [qu'ils] n'aient pas entre-temps disparu »¹⁸. En outre, il semble difficile de considérer un ancien Président de République comme un citoyen lambda. Bien que son ou ses mandats aient pris fin, il reste identifié dans l'inconscient collectif comme l'homme ayant exercé les plus éminentes fonctions politiques pendant plusieurs années. Son rang protocolaire et le soutien matériel et en personnel dont il bénéficie attestent d'ailleurs de sa position privilégiée dans le système politique français – position qui alimente sans cesse les soupçons d'instrumentalisation de la justice.

Il est à craindre que ces critiques soient d'autant plus importantes lorsque l'ancien Président de la République tente de poursuivre le combat politique en vue de la prochaine

¹⁸ *Ibid.*, p. 24.

présidentielle. Si, entre-temps, des poursuites sont engagées contre lui pour des faits datant d'avant son premier mandat, une candidature à un nouveau mandat présidentiel pourrait avoir des conséquences importantes. Elles risqueraient, certes, de fragiliser l'ancien chef de l'État candidat et le pousser à se retirer de lui-même de la course à l'élection, mais qu'en est-t-il du cas où il arrive à convaincre ses soutiens de son innocence et est réélu ? Les poursuites et éventuelles instances seraient mises en suspend et ne reprendraient qu'après ce nouveau mandat. Il ne serait donc jugé qu'au terme de ses fonctions présidentielles, soit plus de cinq, voire dix ans après le début de la procédure s'il est le candidat vainqueur à sa propre réélection, pour des faits qui datent d'avant son premier mandat. Le respect du droit d'être jugé dans un délai raisonnable prévu par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme serait donc loin d'être acquis. Sans compter qu'il risquerait d'être accusé de briguer un nouveau mandat dans le seul but d'échapper temporairement à la justice.

Le statut contentieux du chef de l'État est ainsi loin d'être abouti. Tantôt paradoxal, pour ne pas dire incohérent, tantôt incompatible avec le droit au procès équitable, il gagnerait à être réformé. Les contradictions qui découlent de ce statut ne sont, malgré tout, pas surprenantes. Il est en effet extrêmement complexe de trouver le juste équilibre entre la protection fonctionnelle du Président de la République nécessaire à la continuité de l'État, et le respect de l'État de droit. Il implique la mise en place d'une réflexion juridique approfondie, dont le résultat serait nécessairement imparfait. Mettre fin à l'incohérence manifeste de ce statut semble être la priorité. Si « la réforme s'impose » pour reprendre les termes du professeur Olivier Beaud¹⁹, elle n'est pas d'actualité. Le projet de loi constitutionnelle du 28 août 2019 inclut une réforme du régime de responsabilité pénale des ministres, mais rien n'est prévu pour celui du Président de la République.

¹⁹ BEAUD O., « Président et partie civile : une compatibilité problématique ? », *op. cit.*, p. 1921.

CENTRE DE RECHERCHES JURIDIQUES DE L'UNIVERSITÉ DE FRANCHE-COMTÉ
45D AVENUE DE L'OBSERVATOIRE - 25030 BESANÇON CEDEX - FRANCE
CONTACT-CRJFC@UNIV-FCOMTE.FR / +33 (0)3 81 66 66 08
HTTP://CRJFC.UNIV-FCOMTE.FR

DIRECTION : BÉATRICE LAPÉROU-SCHENEIDER
CONCEPTION/MISE EN FORME : LAURENT KONDRATUK



Centre de recherches juridiques
de l'Université de Franche-Comté