

BMA Bulletin Mensuel d'Actualités du **CRISP**

N°2 – Février 2014

Sommaire

L'édito	p. 3
L'agenda	p. 5
Le concours CRFPA	p. 6
L'article du mois	p. 7
Le commentaire	p. 12
L'actualité	p. 15

CRISP

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation

Actualités, réflexions et controverses dans le domaine des sciences juridiques et humaines
Clefs et vecteurs de réussite aux concours préparés par l'ISP.

L'article du mois

Affaire Dieudonné, le Conseil d'Etat dos au « Mur » ?

Dans une ordonnance attendue et largement médiatisée, le Conseil d'Etat a considéré que l'interdiction du spectacle de Dieudonné « le Mur » ne constituait pas une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Cette solution pose deux questions de très grande importance : quelles sont, aujourd'hui, les composantes de l'ordre public, dont la protection permet de fonder des restrictions à l'exercice des libertés ? Le préventif peut-il se substituer au répressif dans une société démocratique ?



CRISPcrisp@prepa-isp.fr**Président du CRISP**Philippe MAZET
philippe.mazet@prepa-isp.fr**Rédacteur en chef**Franck TOURET
franck.touret@prepa-isp.fr**Communication**Mikaël BENILLOUCHE
mikael.benillouche@prepa-isp.fr
et
Vincent LOUISFERT
vincent.louisfert@prepa-isp.fr**Directeur de la recherche**Mikaël BENILLOUCHE
mikael.benillouche@prepa-isp.fr**Comité scientifique**Mikaël BENILLOUCHE
mikael.benillouche@prepa-isp.fr
Jacob BERREBI
jacob.berrebi@prepa-isp.fr
Matthieu THAURY
matthieu.thaury@prepa-isp.fr**Directrice Générale ISP**Julie HABERMAN
julie.haberman@prepa-isp.fr**Groupe ISP****Institut Supérieur de
Préparation**18 rue de Varenne
75007 PARIS
01.42.22.30.60
<http://www.prepa-isp.fr>
RCS Paris 331 302 877L'ISP est ouvert du lundi au
vendredi de 9 h 30 à 18 h 30 et le
samedi de 10 h à 13 hMétro 12 : Rue du Bac ou Sèvres
Babylone
Métro 10 : Sèvres Babylone
— ou —
Bus : 68, 69, 83, 84, 94Rejoignez le réseau Twitter de l'ISP
pour suivre l'actualité du Droit et
des sciences humaines :
[@GroupelSP](https://twitter.com/GroupelSP)Le Bulletin mensuel du CRISP, inscription newsletter
par mail : crisp@prepa-isp.fr ou au 01.42.22.30.60

Prochaine Conférence du CRISP

« L'entreprise, la religion et le juge »

1^{er} mars 2014Inscription par mail : crisp@prepa-isp.fr ou
au 01.42.22.30.60

Voir page 5

Vous voulez passer les examens de l'avocature, du
notariat, ou passer les grands concours de la
fonction publique, l'ISP propose, depuis près de 30
ans, des formations dédiées et éprouvées.RETROUVEZ LES FORMATIONS DE L'INSTITUT
SUPERIEUR DE PREPARATION SUR :
<http://www.prepa-isp.fr> ou au 01.42.22.30.60

Proposez nous vos articles

Le bulletin du CRISP est susceptible de publier vos
articles de fond ou commentaires. Toute personne
intéressée doit contacter le rédacteur en chef Franck
TOURET (franck.touret@prepa-isp.fr) afin de lui proposer
le thème et un résumé de sa proposition d'article (15
lignes maximum). Après avis favorable du rédacteur en
chef et fixation d'un délai de remise, l'article sera soumis
au Comité scientifique qui donnera une réponse dans les
15 jours.

L'édito

Il faut réformer ; il faut réformer ; il faut réformer

Les 10 et 11 janvier derniers, nous avons suivi le colloque organisé à l'Unesco afin de présenter *LA JUSTICE DU XXIème siècle*.

Que faut-il retenir ?

Une première impression positive : le ministère de la Justice et le Garde des sceaux communiquent et ce, de manière originale et avec une véritable volonté pédagogique (ce que n'aura pas manqué de souligner le Premier ministre, dans son allocution introductive au colloque). Peut-être un peu trop : l'on est abreuvé de lecture avant même le début des discussions. Informations utiles, nous direz-vous.

Pourtant, trop d'informations nuit à l'Information. L'on est rapidement noyé par une volonté de convaincre.

Sur la forme comme sur le fond, la plupart des interventions et des débats a révélé de belles et grandes ambitions pour la Justice du XXIème siècle (dont on relèvera tout de même que ledit siècle a commencé il y a douze ans...) : « *Restaurer la confiance dans la justice* ». L'on a eu droit à de belles phrases, de belles promesses, de grandes interrogations. Pêle-mêle : « *L'avocat est un partenaire. Il faut que tous les avocats de France soient des acteurs de cette réforme* », « *Après avoir entendu les jeunes ce matin, je sais que la justice saura se réformer, j'ai confiance en la justice du XXIème siècle* », « *Comment faire prendre conscience au justiciable qu'il peut être acteur du règlement de conflit ?* ».

Sur le fond, on note immédiatement, en guise de première observation, le postulat des discussions : « *l'accroissement considérable de la demande de justice* ». Première conclusion : « *il faut réformer* ».

Deuxième observation : « *l'émergence de nouveaux contentieux ; tous les domaines de la*

quotidienne sont concernés ». Deuxième conclusion : « *il faut réformer* ».

Troisième observation : « *de nombreuses réformes sont déjà intervenues, mais sans doute de manière trop ponctuelle ou sectorielle* ». Troisième conclusion : « *il faut réformer* ».

Quatrième observation : « *la justice doit faire plus et plus vite* ». Quatrième conclusion : « *il faut réformer* », etc.

Arrêtons la litanie, elle n'apporte rien. Parlons peu mais bien ! Voici les lignes directrices des prochaines réformes :

- améliorer la compréhension de la justice par le justiciable : il ne doit plus être extérieur au débat judiciaire qui le concerne ;
- repenser le travail du juge et son office, notamment développer les conciliations et les médiations ;
- repenser les juridictions et notamment créer un tribunal de première instance qui serait particulièrement en charge des litiges concernant « *les justiciables les plus vulnérables* » ;
- moderniser le Ministère public, en créant des parquets départementaux et en renforçant l'autorité du parquet sur la police judiciaire.

Que faut-il en penser ?

Si l'on est positif, l'on admet que la Justice est perfectible à de nombreux égards. Alors, les

Franck TOURET

Rédacteur en chef

Enseignant en Droit privé

Jacob BERREBI

Enseignant de Droit privé

efforts fournis sont réels et il existe un véritable besoin de réformer. Les orientations prises en ce sens ne sont pas plus mauvaises.

Si l'on est négatif, *Beaucoup de bruit pour rien* aurait dit Shakespeare en son temps. Rien n'a été dit que l'on ne sache déjà. En outre, la précipitation est l'ennemi de la prudence. Vouloir trop en faire en peu de temps, n'est-ce pas tout simplement illusoire ? Sage réflexion qui a inspiré la Commission des lois du Sénat, le 15 janvier dernier, qui « *a estimé que la réforme du droit des obligations et des contrats, réforme majeure du Code civil, était trop importante pour être conduite par ordonnance* ».

La fatuité est un risque fort après avoir affirmé de telles ambitions.

Au final, ce qu'il faut vraiment relever : le calendrier des réformes à venir

En 2014, l'on doit s'attendre à :

- une nouvelle réforme judiciaire (mais sans que l'on y mette les moyens financiers puisque, paraît-il, ce n'est pas le « *vrai problème* » de la Justice) ;
- une énième réforme pénale (non ! non ! et non !) ;
- une réforme du droit des contrats suivie d'une autre du droit de la responsabilité (doit-on immédiatement commander son badge « *Touche pas à mon Code civil* » ?) ;
- une importante réforme des procédures collectives (c'est l'économie qui va mal, y avez-vous seulement pensé ?)
- et bien sûr, une réforme des professions du Droit, notamment de la profession d'avocat (il y en a trop, nous dit-on !) et de l'aide juridictionnelle (on parie qu'elle ne va pas être augmentée...).

Bref, vous êtes juristes, professionnels ou encore étudiants, vous passez un concours ou un examen juridique en 2014 ? Un mot d'ordre, vous l'aurez compris : il faut suivre l'actualité juridique. Le droit et la justice changent (... un peu trop ? un peu trop souvent?).

L'agenda du CRISP

Le Centre de Recherche de l'Institut Supérieur de Préparation organise, en 2014, un cycle de conférences autour de thèmes d'actualités.

L'objet de ces conférences est d'apporter des réflexions utiles centrées sur des questions relatives au droit et aux sciences humaines.

Le cycle de conférences du CRISP 2014 :

- L'entreprise, la religion et le juge : 1^{er} mars 2014
- La prostitution : 12 avril 2014
- La réforme du droit des obligations et autres réformes programmées en 2014 : 19 mai 2014
- L'inégalité homme/femme : septembre 2014
- La presse, les médias et le droit : octobre 2014

L'inscription est entièrement gratuite et ouverte à tous !

(Le Groupe ISP est un organisme agréé au titre de la formation professionnelle)

Inscription par mail : crisp@prepa-isp.fr ou au 01.42.22.30.60

L'entreprise, la religion et le juge

Date : Samedi 1^{er} mars 2014

Lieu : 95 rue de Sèvres – 75006 Paris

Horaires :

- 8h30 : accueil – petit déjeuner
- 9h00 : début de la conférence
- 12h30 : fin de la conférence

Programme :

- La religion des salariés et le règlement intérieur de l'entreprise, par J. Berrebi
- L'entreprise de tendance, par M. Thauray
- L'affaire Baby Loup : que va dire l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ?, par L. Malka
- L'inutile intervention de la loi dans le débat « Religion et entreprise », par Ph. Mazet
- Débat avec le public et synthèse

Inscription obligatoire :

crisp@prepa-isp.fr ou au 01.42.22.30.60 avant le 21 février 2014.

Concours national ISP - CRFPA

LE CRISP ET LA PREPA ISP ORGANISENT UN CONCOURS NATIONAL OUVERT A TOUS LES ETUDIANTS INSCRITS DANS UN IEJ POUR L'ANNEE UNIVERSITAIRE 2013 – 2014.

L'intérêt de ce concours est de vous donner l'opportunité de bénéficier d'une publication nominative au sein du BMA du CRISP et de se voir offrir la préparation au CRFPA au sein de l'ISP.

Vous devez rédiger, avant le 31 mai 2014, un **commentaire d'arrêt (exercice type de l'épreuve de droit des obligations)** dans le cadre du CRFPA).

Chaque copie fera l'objet d'une correction individuelle et sera retournée personnellement à son auteur, après la fin du concours.

Chaque participant recevra également un **corrigé-type du commentaire d'arrêt**.

Les modalités du concours

- Rédiger un commentaire de l'arrêt Cass. Civ. 1^{ère}, 2 octobre 2013 (reproduit ci-contre)
- 14 000 caractères maximum (espaces compris), format Word (.doc ou .docX)
- Chaque copie comportera les nom et prénom du participant, l'adresse mail et l'indication de son IEJ
- Le commentaire devra être adressé avant le 31 mai 2014, par courriel uniquement à l'adresse : crisp@prepa-isp.fr
- Chaque copie sera soumise pour correction et notation au comité scientifique du CRISP

Premier prix

- Une publication de la meilleure copie au sein du numéro spécial de juin du BMA du CRISP
- Une inscription gratuite à la formation estivale longue 2014 de la prépa CRFPA de l'ISP

Deuxième prix

- Une publication de la seconde meilleure copie au sein du numéro spécial de juin du BMA du CRISP
- Une inscription gratuite à la formation estivale courte 2014 de la prépa CRFPA de l'ISP

Le concours est évidemment ouvert aux étudiants déjà inscrits à l'une des formations CRFPA 2014 de l'ISP. Le cas échéant, le ou les gagnants se verront rembourser le montant des frais de leur inscription correspondant au prix gagné.

Cass. Civ. 1^{ère}, 2 octobre 2013
Pourvoi n° : 12-26975

Vu l'article 1150 du code civil ;

Attendu, selon le jugement attaqué, que le TGV emprunté par Mme X..., de Marseille à Lyon, le 23 janvier 2011, est arrivé avec un retard de plus de cinq heures, soit à 15 heures 23 alors que l'avion où elle avait effectué une réservation pour se rendre à Brest avait décollé depuis 15 heures 15 de Lyon Saint-Exupéry ; qu'elle a poursuivi le remboursement du billet d'avion qu'elle n'a pas pu prendre du fait du retard, celui du prix du billet de train pour la correspondance Rennes-Brest, celui du prix du billet de train pour le trajet Marseille-Lyon, ainsi que l'indemnisation de divers préjudices ;

Attendu que pour condamner la SNCF à payer à Mme X... diverses sommes au titre de son préjudice matériel, de ses préjudices moral et d'agrément, la juridiction de proximité énonce que s'il est exact que l'article 1150 du code civil limite la réparation du préjudice résultant du retard lié à un manquement de la SNCF à son obligation de ponctualité aux seuls préjudices qui ont été prévus ou que l'on a pu prévoir lors de la conclusion du contrat, que s'il est exact que la SNCF, lors de l'acquisition du billet, ne pouvait prévoir les projets de Mme X... quant à la finalité du voyage entrepris, un retard de plus de cinq heures rend prévisibles toutes les conséquences dues à ce retard lorsqu'elles sont démontrées, et notamment en l'espèce le préjudice direct et immédiat résultant du retard du train, lequel a interdit à Mme X... de poursuivre son voyage en avion ; qu'il s'ensuit que Mme X... doit être indemnisée du prix du billet d'avion, qu'une arrivée avec un retard de plus de cinq heures, source de stress et de fatigue, obligeant à un long parcours en train après une correspondance à Rennes justifie la demande de dommages-intérêts au titre des préjudices moral et d'agrément ;

Attendu, cependant, que le dommage n'est indemnisable que s'il était prévisible lors de la conclusion du contrat de transport et a constitué une suite immédiate et directe de l'inexécution de ce contrat ; d'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait sans expliquer en quoi la SNCF pouvait prévoir, lors de la conclusion du contrat, que le terme du voyage en train n'était pas la destination finale de Mme X... et que cette dernière avait conclu un contrat de transport aérien, la juridiction de proximité n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE

L'article du mois

Affaire Dieudonné : le Conseil d'Etat dos au « Mur » ? CE, ordonnance du 9 janvier 2014 n° 374508

Par une ordonnance rendue le 9 janvier 2014, le Conseil d'Etat a annulé l'ordonnance par laquelle le tribunal administratif de Nantes, saisi d'un référé-liberté sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative (ci-après CJA), avait suspendu l'exécution de l'arrêté du Préfet de la Loire-Atlantique interdisant le spectacle de Dieudonné intitulé « le Mur » au Zénith de Saint-Herblain. Saisie en appel, la Haute juridiction administrative a considéré qu'« *en se fondant sur les risques que le spectacle projeté représentait pour l'ordre public et sur la méconnaissance des principes au respect desquels il incombe aux autorités de l'État de veiller, le préfet de la Loire-Atlantique n'a(avait) pas commis, dans l'exercice de ses pouvoirs de police administrative, d'illégalité grave et manifeste* ».

Rarement une décision du Conseil d'Etat aura été à ce point attendue puis commentée, parfois de façon précipitée et partisane... Il faut dire qu'elle faisait suite à une intense séquence politique, le Ministre de l'Intérieur ayant invité les préfets à interdire la tenue dudit spectacle par une circulaire du 6 janvier 2014. Eu égard aux risques d'annulation (jusqu'à présent les juridictions administratives avaient systématiquement suspendu les mesures d'interdiction des spectacles de Dieudonné v., par ex, TA Lyon, référé, 4 février 2004, M. Dieudonné M'B. M'B. et Société Bonnie productions), cette circulaire proposait aux autorités de police administrative de se fonder non plus seulement sur les composantes « classiques » de l'ordre public mais aussi sur le principe de dignité de la personne humaine, dont on rappellera qu'il a été consacré comme une composante de l'ordre public dans la célèbre affaire « commune de Morsang-sur-Orge » et qu'il avait permis de justifier

l'annulation d'un spectacle de lancer de nain (CE, 27 octobre 1995).

Dieudonné avait annoncé, pour sa part, sa

volonté de contester systématiquement les mesures d'interdiction en justice. Si la décision du Conseil d'Etat a été à ce point médiatisée, c'est aussi parce qu'elle illustre, une nouvelle fois, la grande sensibilité du débat relatif aux limitations de la liberté d'expression dans une démocratie pluraliste.

Après quelques brèves considérations sur l'ordonnance rendue par le Conseil d'Etat, il conviendra de s'interroger sur sa portée au regard des droits et libertés fondamentaux.

1/ Une décision soigneusement motivée, reposant sur une conception novatrice de l'ordre public

Ainsi qu'il a été souligné, c'est dans le cadre d'une procédure d'urgence que le Conseil d'Etat s'est prononcé, puisque le tribunal administratif avait été saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 CJA qui permet au juge administratif des référés « *saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence* » d'ordonner, « *toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale* ». Le juge des référés doit alors se prononcer dans un délai de quarante-huit heures. Un recours en appel est ouvert devant le Conseil d'Etat, auquel

Matthieu THAURY
Enseignant de Droit public
matthieu.thaury@prepa-isp.fr

cas c'est le Président de la Section du contentieux (ou un conseiller délégué à cet effet) qui doit statuer dans un délai de 48 h. En l'espèce, le spectacle devant se tenir le soir même, le juge administratif a statué dans des délais très brefs : le TA a rendu son ordonnance le 9 janvier en début d'après-midi et le Conseil d'Etat s'est prononcé le même jour, 2 heures avant la tenue programmée du spectacle. D'aucuns y ont vu un signe de précipitation et de partialité du juge. Mais n'est-ce pas le propre d'une procédure d'urgence que de permettre à ce dernier de se prononcer avant que le mal soit fait ? Il y a encore quelques années on déplorait l'incapacité du juge à intervenir dans l'urgence. Eût-on préféré que, comme dans l'arrêt Benjamin, le Conseil d'Etat se prononce plusieurs années après l'interdiction (CE, 19 mai 1933) ? Pour notre part, nous préférons y voir un nouveau signe de l'amélioration de la procédure administrative contentieuse permise par la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

Quant à la mise en cause de l'impartialité du juge, elle repose sur des arguments parfois triviaux voire insultants qui ne seront pas relevés ici, parfois sur une méconnaissance de la procédure administrative : le juge des référés-libertés du Conseil d'Etat statue toujours à juge unique et, malgré la brièveté de la procédure, les parties ont été dûment entendues dans le respect du principe du contradictoire. Par ailleurs les conseillers d'Etat, s'ils n'ont pas le statut de magistrat, jouissent d'une indépendance garantie par leur inamovibilité de fait et par la règle de l'avancement à l'ancienneté, comme l'a d'ailleurs reconnu la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH, 9 novembre 2006, Sacilor-Lormines c/France). Enfin, ainsi qu'il a été dit, c'est le CJA lui-même qui prévoit que le Président de la Section du contentieux statue par principe en appel dans le cadre de la procédure de référé-liberté.

Quoiqu'il en soit, en dépit de la rapidité avec laquelle la décision a été adoptée, celle-ci a fait l'objet d'une motivation soignée, ce qui témoigne sans doute de ses enjeux politiques. Conformément au principe selon lequel, dans un Etat de droit, « *la liberté est le principe et la restriction de police l'exception* » (Commissaire du gouvernement Corneille), **le Conseil d'Etat commence par rappeler, dans un premier**

temps, l'importance de la liberté d'expression dont l'exercice « est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés », formule qui fait écho à la célèbre décision « entreprises de presse » du Conseil Constitutionnel du 11 octobre 1984. Le juge des référés rappelle également qu'il appartient aux autorités chargées de la police administrative « *de prendre les mesures nécessaires à l'exercice de la liberté de réunion* », ce qui suggère une obligation négative (ne pas entraver la liberté) mais aussi une obligation positive (agir pour permettre concrètement la tenue des réunions). C'est d'ailleurs sur ce fondement que le Conseil d'Etat avait suspendu l'interdiction de la tenue des universités d'été du Front National dans la commune d'Annecy (v. CE, 19 août 2002, IFOREL). Ensuite, le juge souligne de façon très classique que les atteintes portées, pour des exigences d'ordre public, à l'exercice de ces libertés fondamentales doivent être à la fois « *nécessaires, adaptées et proportionnées* ».

Dans un second temps, le Conseil d'Etat examine les motifs de l'arrêt d'interdiction pris par le préfet de la Loire-Atlantique. Ce dernier avait ainsi relevé que « *le spectacle de Dieudonné tel qu'il est conçu, contient des propos de caractère antisémite, qui incitent à la haine raciale, et font, en méconnaissance de la dignité de la personne humaine, l'apologie des discriminations, persécutions et exterminations perpétrées au cours de la Seconde Guerre mondiale* ». L'arrêt rappelait également que Dieudonné a fait l'objet de neuf condamnations pénales, dont sept sont définitives, pour des propos de même nature. Enfin, pour le préfet « *les réactions à la tenue du spectacle du 9 janvier faisaient apparaître, dans un climat de vive tension, des risques sérieux de troubles à l'ordre public qu'il serait très difficile aux forces de police de maîtriser* ».

Enfin, dans un troisième temps, le juge des référés relève « *qu'au regard du spectacle prévu, tel qu'il a été annoncé et programmé, les allégations selon lesquelles les propos pénalement répréhensibles et de nature à mettre en cause la cohésion nationale relevés lors des séances tenues à Paris ne seraient pas repris à Nantes ne suffisent pas pour écarter le risque sérieux que soient de nouveau portées de graves atteintes au respect des valeurs et principes, notamment de dignité de la personne humaine,*

consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par la tradition républicaine ». Il considère également « qu'il appartient à l'autorité administrative de prendre les mesures de nature à éviter que des infractions pénales soient commises ; qu'ainsi, en se fondant sur les risques que le spectacle projeté représentait pour l'ordre public et sur la méconnaissance des principes au respect desquels il incombe aux autorités de l'État de veiller, le préfet de la Loire-Atlantique n'a pas commis, dans l'exercice de ses pouvoirs de police administrative, d'illégalité grave et manifeste ». Cette motivation de l'ordonnance conduit à effectuer plusieurs remarques. Tout d'abord, le juge rappelle opportunément le caractère préventif des mesures de police administrative. L'autorité de police se trouve ainsi placée dans une situation délicate puisqu'elle intervient *a priori*, au regard de risques de troubles à l'ordre public dont la réalisation n'est jamais certaine, de sorte qu'il appartient au juge de vérifier la réalité de ces risques avec une grande vigilance. En l'espèce, l'ordonnance évoque les « pièces du dossier » et les « échanges tenus aux cours de l'audience » pour admettre la réalité des risques d'atteintes à l'ordre public. Le juge a vraisemblablement pris en compte le contenu dénoncé comme antisémite de certains passages du spectacle du Dieudonné, lequel avait déjà donné diverses représentations au théâtre De La Main d'Or. Le site internet du journal « Le Point », a ainsi mis en ligne certains passages du spectacle, ce qui permet de mieux appréhender la réalité ([Lien vers le site Le Point](#)). On y entend par exemple l'« artiste » accuser Élie Wiesel (ancien déporté à Auschwitz-Birkenau et Prix Nobel de la paix), d'avoir « gonflé le coût de la Shoah avec des bouteilles de champagne ». Dans un autre passage, Dieudonné se glisse également dans la peau d'un néonazi belge et, s'interrogeant sur ce que pourrait-être le projet néonazi en 2013, propose : « un suicide collectif dans un bunker comme Gepetto (alias Hitler pour Dieudonné NDLA) » ou encore « Fabriquer des savonnettes avec le gratin du show-business français ? ». On peut également y entendre (avec l'accent belge en prime) : « le mouvement néonazi est sensiblement antisémite. Dans notre esprit, il existe une mafia juive, que l'on appelle la juiverie, la juivasse ». Le fait que Dieudonné ait déjà été condamné au pénal à plusieurs

reprises (neuf condamnations dont sept définitives) pour des propos de même nature avait été mis en avant par le Préfet et a sans doute pesé dans l'appréciation du juge. Quant à l'annonce de dernière minute de la modification du contenu du spectacle, dont auraient été retranchés les passages controversés, elle ne suffisait pas, pour le juge à écarter, au moment où il statuait, le risque d'atteintes à l'ordre public. Par-delà ces considérations qui reposent essentiellement sur des éléments factuels, ce qui interpelle le plus, c'est la question de la nature de l'atteinte à l'ordre public qui était en cause ici.

On sait que l'ordre public comporte trois grandes composantes « classiques » que sont la sécurité publique, la tranquillité publique et la salubrité publique. A cela s'ajoutent des composantes ponctuellement reconnues par la jurisprudence comme la moralité publique (CE, 18 décembre 1959, Sté « Les films Lutécia ») ou, plus récemment, la dignité de la personne humaine (cf. CE, Commune de Morsang-sur-Orge préc.). La doctrine, soucieuse de prévenir l'apparition d'un « ordre moral », a de longue date marqué sa préférence pour l'ordre public « matériel et extérieur » (Hauriou), c'est-à-dire les troubles visibles, ce qui renvoie concrètement aux composantes « classiques ». Ainsi la moralité publique n'est que rarement utilisée et toujours avec l'exigence de circonstances locales particulières. Quant à la dignité, si elle permet à l'autorité de police administrative d'intervenir sans qu'il soit nécessaire d'établir de telles circonstances, elle n'est utilisée qu'avec une grande parcimonie par la jurisprudence et cela, précisément, parce que sa définition est imprécise, alors même qu'elle est susceptible de restreindre les libertés. Le Conseil d'Etat avait lui-même exprimé une certaine réticence s'agissant de l'invocation du principe de dignité de la personne humaine pour justifier l'interdiction du port du voile intégral dans l'espace public (CE, étude du 25 mars 2010 sur les possibilités juridiques d'interdiction du voile intégral).

En l'espèce, il est remarquable que le juge ne se situe pas sur le terrain de l'ordre public matériel. Il ne répond pas véritablement à l'argument (sans doute fragile d'ailleurs) du préfet consistant à dire que, dans un contexte de vive tension, « des troubles pourraient apparaître

qu'il serait très difficile aux forces de police de maîtriser ». Le Préfet visait, ici, les risques de débordements ou d'émeutes que la tenue du spectacle aurait pu provoquer. Or, jusqu'à présent, aucun spectacle de Dieudonné n'a donné lieu à de tels événements et les juridictions administratives ont toujours considéré qu'aucun risque de trouble à l'ordre public suffisamment sérieux ne permettait de justifier l'interdiction de l'un de ses spectacles (v. CE, 26 février 2010, Commune D'Orvault).

En revanche, le juge évoque le risque que soient portées de « *graves atteintes au respect des valeurs et principes, notamment de dignité de la personne humaine, consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par la tradition républicaine* ». Il semble donc que ce soit le risque d'atteintes à la dignité de la personne qui soit cause. Mais la rédaction demeure ambivalente. **Le « *notamment* » suggère que la dignité n'est pas visée, ici, comme une quatrième composante de l'ordre public mais plutôt comme étant l'un des principes consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et par la tradition républicaine.** Dès lors, ce serait la prévention d'atteintes à ces « *principes* » qui participerait de la protection de l'ordre public. Une telle motivation est, à notre sens, inédite et, s'agissant d'une « simple » ordonnance en référé, l'on peut légitimement se demander si elle prépare une évolution de la jurisprudence ou si elle revêt un caractère exceptionnel.

En dernier lieu, le juge souligne qu'« *il appartient à l'autorité administrative de prendre les mesures de nature à éviter que des infractions pénales soient commises* ». Cette motivation renvoie à l'idée selon laquelle l'exercice du pouvoir de police n'est pas seulement une faculté mais peut devenir une obligation pour celui qui le détient (v., s'agissant des mesures réglementaires de police, CE, 23 octobre 1959, Doublet et, s'agissant des actes individuels de police, CE, 1^{er} juin 1973 Dlle Ambrigtot). Partant, l'administration ne saurait rester « inerte » face à un risque suffisamment avéré de commission d'une infraction pénale. L'idée d'une obligation d'exercer le pouvoir de police n'est certes pas nouvelle mais son utilisation est ici assez originale, puisqu'elle vient admettre que le préventif puisse se substituer au répressif : il

n'est pas nécessaire d'attendre la commission d'une infraction pénale pour la sanctionner en quelque sorte...

Voilà qui pose la question plus générale de l'insertion de cette décision dans la jurisprudence relative à la liberté d'expression.

2/ Une décision soulevant d'importantes questions sur la nature des ingérences dans la liberté d'expression

S'agissant de l'analyse de l'ordonnance du 9 janvier 2014 au regard de la théorie générale des droits et libertés fondamentaux, une première question peut être rapidement évacuée qui a trait au principe même de l'ingérence des autorités publiques dans la liberté d'expression. Il est certes admis que, dans une société démocratique pluraliste, la liberté d'expression s'étend aux opinions qui « *heurtent choquent ou inquiètent une partie de la population* » (Cour EDH, 7 décembre 1976, Handyside c/ RU). Toutefois, la jurisprudence européenne a admis que des limitations puisse être apportées à la liberté d'expression dans un but légitime, y compris pour la protection de l'ordre public, sous réserve de nécessité et de proportionnalité. Par exemple, la Cour EDH a considéré que la condamnation pour apologie d'actes de terrorisme des auteurs d'une caricature, publiée au lendemain des attentats du 11 septembre 2001 et représentant les tours jumelles détruites avec la légende « *nous en avions rêvés le Hamas l'a fait !* », ne constitue pas une ingérence excessive dans la liberté d'expression (Cour EDH, 2 octobre 2008, Leroy c/ France). Dieudonné lui-même a fait l'objet de plusieurs condamnations pénales, qui sont autant d'ingérences dans la liberté d'expression, notamment pour avoir affirmé dans un journal : « *Pour moi, les juifs, c'est une secte, une escroquerie. C'est une des plus graves parce que c'est la première.* » (v. Cour de cassation - Assemblée plénière, Arrêt n° 552 du 16 février 2007).

Une seconde question, plus délicate, porte sur la nature de l'ingérence : doit-elle nécessairement être répressive, comme cela a pu être affirmé à la suite de la décision du Conseil d'Etat, ou peut-elle revêtir un caractère préventif ? A cet égard plusieurs remarques peuvent être faites.

D'une part, il est évident que le régime répressif est *a priori* le plus favorable puisqu'il implique

une ingérence *a posteriori* de l'autorité publique dans l'exercice de la liberté et que joue l'interprétation stricte de la loi pénale. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel a considéré dans sa célèbre décision du 16 juillet 1971 que la soumission de la création d'associations à un régime d'autorisation préalable était contraire à la liberté d'association, principe fondamental reconnu par les lois de la République.

D'autre part, **la liberté d'expression n'a jamais relevé exclusivement du régime répressif.** Le régime préventif s'applique dans de nombreux domaines, notamment s'agissant de la diffusion des œuvres cinématographiques ou encore dans le secteur de l'audiovisuel. S'agissant de ce dernier, une procédure spécifique a même été créée par le législateur afin que le Président de la Section du Contentieux du Conseil d'Etat, saisi en ce sens par le CSA, puisse ordonner la suspension de la diffusion de certains programmes contraires à la dignité ou à l'ordre public. C'est ce que fit ce dernier à l'occasion de l'affaire « Al Manar », pour mettre un terme à la diffusion de programmes antisémites et incitant à la violence (v. ord. rendue par Conseil d'Etat, Juge des référés du 13 décembre 2004). Par ailleurs, le principe de l'interdiction d'un spectacle a déjà été admis par la jurisprudence du Conseil d'Etat, notamment dans la célèbre affaire Commune de Morsang-sur-Orge (préc.). Enfin, la Cour européenne des Droits de l'Homme, tout en contrôlant strictement les ingérences dans la liberté d'association et d'expression, a pu admettre l'adoption de mesures préventives. Dans l'arrêt « Refah Partisi » (Cour EDH, 13 février 2003), elle a notamment considéré que l'interdiction, par les autorités turques, d'un parti politique qui prônait l'application de la Charia ne méconnaissait pas l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Il ressort de cet arrêt « *que les libertés garanties par l'article 11 ainsi que par les articles 9 et 10 de la Convention ne sauraient priver les autorités d'un Etat, dont une association, par ses activités, met en danger les institutions, du droit de protéger celles-ci* » (communiqué du Greffier). A cet égard, la Cour a déjà jugé inhérente au système de la Convention une certaine forme de conciliation entre les impératifs de la défense de la société démocratique et ceux de la sauvegarde des droits individuels. En définitive,

si elle est pluraliste, la démocratie n'est pas pour autant un régime idéologiquement neutre, dépourvu de valeurs ou de principes. Ceux qui combattent ou qui nient les fondements de la société démocratique ne doivent pas être en mesure de se prévaloir des droits et libertés reconnus par la Convention.

Tel est d'ailleurs le sens de l'article 17 de la Convention, qui est relatif à l'abus droit.

In fine, l'interdiction *a priori* d'un spectacle à l'occasion duquel l'autorité de police a la quasi-certitude que des atteintes vont être portées à la dignité de la personne humaine et des infractions pénales commises, ne semble pas inadmissible en elle-même. S'il n'appartient pas à la police administrative de pallier les carences des juridictions répressives, il lui appartient en revanche de préserver l'ordre public dont la protection est un objectif de valeur constitutionnelle. **Néanmoins, ce type d'interdiction ne saurait revêtir qu'un caractère ponctuel et exceptionnel.** De ce point de vue, deux critiques peuvent être formulées. La première a trait à la définition de l'ordre public qui gagnerait indéniablement à être clarifiée par les juridictions administratives, dès lors que celui-ci vient fonder la restriction des droits et libertés fondamentaux. La seconde est à adresser aux juridictions répressives, dont la fermeté à l'égard de certains abus de la liberté d'expression semble incertaine. Ainsi, il y a quelques jours, on apprenait qu'un élu ayant déclaré à propos des gens du voyage qu'« *Hitler n'en avait peut-être pas tué assez* » avait été condamné à 3 000 euros d'amende ... avec sursis pour apologie de crimes contre l'Humanité, quand le Parquet avait requis 6 mois de prison avec sursis et 5 000 € d'amendes... Pour mémoire, la loi du 29 juillet 1881 modifiée prévoit qu'un tel délit peut être puni de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

Les commentaires

LE REJET DE LA PREUVE OBTENUE PAR LA SONORISATION DE LA CELLULE D'UN COMMISSARIAT

Chambre criminelle du 7 janvier 2014,
pourvoi n° 13-85246

Depuis la loi du 14 avril 2011, le dernier alinéa de l'article préliminaire du Code de procédure pénale dispose qu' « En matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui ». La Chambre criminelle de la Cour de cassation par un arrêt en date du 7 janvier 2014 vient d'indiquer une portée novatrice de ce texte.

En l'occurrence, dans le cadre d'une information ouverte du chef de vol à main armée, un juge d'instruction a autorisé la mise en place d'un dispositif de sonorisation de cellules de garde à vue d'un commissariat.

Les deux suspects ont été placés dans deux cellules contigües et pouvaient communiquer lors de leurs périodes de repos. L'un des suspects s'est – par ses propos – auto-incriminé. Dès lors, il a été mis en examen avant d'être placé en détention provisoire.

Il a alors déposé une requête en annulation des pièces de la procédure. La nullité des procès-verbaux de placement et d'auditions en garde à vue, des pièces d'exécution de la commission rogatoire technique relative à la sonorisation des cellules de garde à vue et de la mise en examen a été soulevée. Le requérant invoquait la violation du droit de se taire, le droit au respect de sa vie privée et la déloyauté dans la recherche de la preuve.

La requête a été rejetée par la Chambre de l'instruction dans la mesure où le procédé associant la garde à vue et la sonorisation n'est ni déloyal, ni ne porte atteinte aux droits de la défense. En effet, les droits inhérents à ces différentes mesures et la procédure relative à la mise en place du procédé technique ont été correctement respectés.

Un pourvoi a été formé.

Le procédé associant le

placement en garde à vue et la sonorisation des cellules est-il conforme aux exigences procédurales ?

En cassant l'arrêt rendu par la Chambre de l'instruction, la Chambre criminelle répond par la négative à cette question. En effet, au visa de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article préliminaire du Code de procédure pénale, la Cour de cassation a estimé que le procédé portait atteinte au procès équitable et à la loyauté de la preuve un stratagème viciant la recherche de la preuve mis en place par une autorité publique. Ainsi, le procédé visait à inciter l'un des suspects à s'auto-incriminer.

Si des mesures légales ont été associées (I), leur combinaison s'avère être illicite (II).

I) Des mesures légales associées

Les autorités ont eu recours à des procédés réglementés (A) en contournant la finalité de la garde à vue (B).

A) Le recours à des procédés réglementés

Les principes gouvernant la preuve sont souvent présentés comme étant au nombre de trois : liberté, loyauté et légalité. La légalité de la preuve signifie que dès lors qu'un mode de preuve est réglementé de façon impérative par la loi, il est nécessaire de respecter la procédure prévue par le texte. En l'occurrence, le juge

Mikaël BENILLOUCHE
Maître de conférences
Enseignant de Droit pénal
mikael.benillouche@prepa-isp.fr

d'instruction, a par commission rogatoire, fait recourir à deux modes de preuve réglementés, à savoir la garde à vue et la sonorisation. Ces modes de preuve sont étroitement réglementés.

Ainsi, la garde à vue fait l'objet des dispositions des articles 62 et suivants du Code de procédure pénale. Aucun argument n'est évoqué par l'auteur du pourvoi concernant la méconnaissance de dispositions relatives à la garde à vue. Toutefois, il convient de rappeler que la loi du 14 avril 2011 a inséré dans l'article préliminaire une disposition interdisant de retenir des éléments à charge sur le fondement de déclarations effectuées en dehors de la présence de son avocat. Or, justement des éléments à charge ont été déduits à l'encontre du suspect, lors de la garde à vue et ce, en dehors de la présence de l'avocat. Il s'agirait là de la seule irrégularité commise concernant la garde à vue, laquelle ne figure que dans l'article préliminaire dont la valeur normative est discutable.

S'agissant de la sonorisation, elle est réglementée depuis la loi du 9 mars 2004 par les articles 706-96 et suivants du Code de procédure pénale. Or, le dispositif existant n'exclut nullement la possibilité de pratiquer la sonorisation du parloir d'un détenu (Crim., 9 juillet 2008, Bull., n° 170). En l'occurrence, se pose la question nouvelle de la sonorisation de la cellule d'un commissariat. Sont donc cumulés deux modes de preuve : la garde à vue et la sonorisation. Si individuellement, il semblait possible de recourir à ces méthodes d'investigation, leur association semble problématique.

B) Le contournement de la finalité de la garde à vue

La réforme de la garde à vue issue de la loi du 14 avril 2011 vise à renforcer les droits de la défense et le principe du contradictoire et ce, afin de respecter, tout à la fois, les exigences constitutionnelles (CC, 30 juillet 2010, Décision n° 2010-14/22 QPC, Recueil, p. 179) mais également les exigences conventionnelles (CEDH, 14 octobre 2010, Brusco c. France, requête n° 1466/07).

Parmi les dispositions nouvelles essentielles figure le droit à une présence continue de l'avocat, ainsi que la notification du droit au silence lors du placement en garde à vue (article 63-1 3° CPP). De la sorte, le gardé à vue est assisté de son avocat et il garde le droit de se taire. Certes, quelques restrictions existent en matière de criminalité et de délinquance organisée. En effet, l'article 706-88 alinéa 6 du Code de procédure pénale dispose que « *lorsque la personne est gardée à vue pour une infraction entrant dans le champ d'application de l'article 706-73, l'intervention de l'avocat peut être différée, en considération de raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction, soit pour permettre le recueil ou la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte aux personnes* ». Toutefois, il convient de constater que ces restrictions doivent se justifier spécialement.

Or, en l'occurrence, le procédé utilisé par le juge d'instruction qui a combiné la garde à vue et la sonorisation a eu pour effet d'empêcher le gardé à vue de bénéficier de la protection pourtant reconnue par la loi, laquelle relève des exigences constitutionnelles et conventionnelles.

Au-delà même de ce constat, d'un détournement de la finalité de la garde à vue, l'arrêt indique que la combinaison des deux procédés constitue un procédé déloyal.

II) L'association illicite des mesures

Sur un fondement juridique novateur (A), la Cour de cassation rend une décision protectrice des droits de la personne poursuivie (B).

A) Un fondement juridique novateur

Dans l'arrêt rendu, la Cour de cassation censure la combinaison des deux moyens de preuve sur le fondement du principe de loyauté. Or, si ce principe est rattaché par la jurisprudence à l'article 427 du Code de procédure pénale, il n'en demeure pas moins que cette exigence a été posée par la jurisprudence de la Cour de cassation et ce, dans le silence de la loi.

De la sorte, le principe prévalant est celui de la légalité. Dès lors qu'un mode de preuve est

imposé par la loi, il est indispensable que l'autorité de poursuite se conforme aux exigences textuelles, faute de quoi, la preuve ne saurait être accueillie. C'est d'ailleurs ce qu'illustre la Cour de cassation en estimant, par exemple, que l'article L. 235-1 Code de la route incriminant le fait de conduire un véhicule après avoir fait usage de stupéfiants impose que cet usage de produits illicites soit prouvé par une analyse sanguine. Ainsi, même si le prévenu a reconnu avoir consommé un produit stupéfiant préalablement à la conduite de son véhicule et qu'il avoue sa culpabilité, il ne peut être condamné (Crim., 15 février 2012, JurisData n° 2012-003635, Dr. pénal n° 5, mai 2012, comm. 70, J.-H. Robert). En conséquence, ce n'est que si – par extraordinaire – la loi est permissive et non impérative quant au mode de preuve ou dans le silence de la loi que les deux autres principes, à savoir la liberté et la loyauté, trouvent à s'appliquer.

Le principe de loyauté est donc jurisprudentiel et il est soumis à la légalité, ce qui, d'ailleurs, résulte également de l'application de la hiérarchie des normes. Or, en l'occurrence, la preuve a été obtenue en application de dispositions législatives. Elle ne pouvait donc pas pouvoir être écartée des débats, sauf pour que la Cour de cassation à faire évoluer le fondement juridique du principe. C'est ce qu'elle a justement fait en la rattachant à l'article 6 de la CESDH. Cependant, la Cour européenne estime que les règles relative à l'admission des preuves relèvent en premier lieu du droit interne (CEDH, 12 juillet 1988, Schenk c. Suisse, série A n° 140, § 46), bien qu'un inflexionisme existe dans la mesure où une preuve obtenue déloyalement est prise en compte pour considérer si l'ensemble de la procédure a été respectueuse des règles du procès équitable (CEDH, 7 novembre 2006, Mamère c. France, requête n° 12697/03, § 24).

Ce glissement jurisprudentiel s'avère d'ailleurs plus protecteur des droits de la personne poursuivie.

B) Une solution protectrice des droits de la personne poursuivie

En écartant, la preuve ainsi obtenue, la Cour de cassation rend une décision à la portée incertaine.

A minima, la preuve est écartée car elle a été obtenue déloyalement en contournant les règles impératives de la garde à vue et donc la réforme issue de la loi du 14 avril 2011 rendue indispensable par les exigences du procès équitable (article 6 CESDH). La réforme de la garde à vue ayant été justifiée par cette disposition, il est logique que le dévoiement de la mesure y porte atteinte.

A maxima, l'arrêt peut constituer un véritable bouleversement juridique. Ainsi, selon cette interprétation, la loyauté de la preuve puiserait son fondement dans une disposition à valeur supra-législative et primerait donc sur la légalité de la preuve. Dès lors, le juge pourrait écarter un mode de preuve légal en estimant que celui-ci est déloyal. Une telle évolution du droit positif ébranlerait encore davantage un Code de procédure pénale vieilli et dont les réformes successives ont faussé la cohérence. En effet, il est frappant de constater que ces deux modes de preuve ont été créés (pour la sonorisation) ou réformés (pour la garde à vue) récemment sans que le législateur n'ait songé à évoquer la combinaison des différentes dispositions.

Finalement, comme Montesquieu l'indiquait, *«une mauvaise loi oblige toujours le législateur d'en faire beaucoup d'autres, souvent très mauvaises aussi, pour éviter les mauvais effets ou, au moins, pour remplir l'objet de la première»* (Mes pensées, 1720-1755, posthume, 1899).

L'actualité

Droit des obligations par Jacob BERREBI Enseignant de Droit privé

Com. 7 janvier 2014

**Cassation N° 13-10.887, 6 Numéro JurisData :
2014-000017**

Les deux arrêts de la Cour de cassation du 17 mai 2013, rendus en chambre mixte, avaient eu un écho retentissant en pratique comme en doctrine. Dans ces arrêts, la Cour régulatrice avait, sous forme de principe, énoncé une solution à la problématique judiciaire récurrente des contrats dits indivisibles (Ch. mixte, 17 mai 2013, pourvois n° 11-22.768 et n° 11-22.927).

La présente décision s'insère dans le droit fil de cette jurisprudence essentielle. En l'espèce, un contrat de location financière de matériel informatique et vidéo avait été conclu par une pharmacie. La convention prévoyait un loyer payé au loueur, dont une partie revenait au fournisseur. La pharmacie cesse de payer les loyers en suite de la liquidation judiciaire prononcée à l'encontre du fournisseur. Le loueur assigne alors la pharmacie afin d'obtenir le paiement des sommes dues ainsi que des dommages-intérêts pour rupture fautive du contrat de location financière. Les juges du fond font droit à sa demande en raison de la présence dans la convention d'une clause excluant toute indivisibilité entre le contrat de location et le contrat de maintenance. Logiquement, l'arrêt est censuré par la Cour de cassation qui rappelle que les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants et que sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance.

La solution ne surprend guère dès lors qu'il s'agit d'une reprise du principe porté par les arrêts du 17 mai 2013. L'intérêt de l'arrêt du 7 janvier

2014 n'en est pas moins réel : non seulement, cette décision démontre que la formation commerciale de la Haute juridiction entend suivre la jurisprudence de 2013, mais encore elle constitue une parfaite illustration du régime attachée à l'indivisibilité contractuelle. La Cour de cassation arbitre entre deux volontés contraires exprimées par des contractants : l'on ne peut conclure des contrats qui sont économiquement et objectivement indivisibles et stipuler en même temps une clause de divisibilité. Au final, la stipulation doit être écartée. La solution est d'autant plus opportune qu'on sait la clause imposée par le loueur au locataire qui n'a pas conscience de la portée et des effets de celle-ci. Le locataire est légitime à considérer que le contrat de location du matériel et le contrat de maintenance portant sur celui-ci, sont intimement liés. Une stipulation qui ferait échec à cette attente légitime est donc logiquement réputée non écrite.

Procédure civile par Franck TOURET Enseignant de Droit privé

L'abus de droit d'agir en justice nécessite une faute (Soc. 12 déc. 2013, n°12-20.575 et n°12-21.979)

La Cour de cassation rappelle, par deux arrêts, que l'abus du droit d'agir en justice nécessite une faute, se fondant pour le premier arrêt sur l'article 32-1 du Code de procédure civile et pour le second sur l'article 1382 du Code civil.

Dans la première affaire (Soc. 12 décembre 2013, n°12-20.575), un salarié avait dans un premier temps saisi la juridiction prud'homale, puis dans un second temps s'était désisté après la tentative de conciliation, sans avoir déposé aucune pièce ni motivation. Le conseil de

prud'hommes a considéré que la procédure judiciaire était injustifiée. Dans la seconde affaire (Soc. 12 décembre 2013, n° 12-21.979), un employeur avait interjeté appel d'un jugement avec, selon la cour d'appel, une argumentation faible et une « *insuffisance manifeste au niveau de la preuve* », dans le but d'allonger les délais de justice au détriment du salarié. La cour d'appel a considéré l'appel abusif.

Dans la première espèce, la Cour de cassation reproche au conseil de prud'hommes de ne pas avoir caractérisé « *une faute faisant dégénérer en abus le droit d'agir en justice* ».

Dans la seconde espèce, les Hauts magistrats, par une formule similaire, reprochent à la cour d'appel de ne pas avoir caractérisé « *l'existence d'une faute commise par l'employeur faisant dégénérer en abus l'exercice du droit d'interjeter appel* »

Si le droit d'agir en justice est libre, il n'est point discrétionnaire, et il est tout naturel que la jurisprudence ait appliqué en la matière la théorie de l'abus du droit. Il serait regrettable que le plaideur puisse à la légère ou dans le but de nuire à autrui déclencher ou poursuivre une instance. Plusieurs textes du Code de procédure civile sanctionnent celui qui soumet une prétention à un juge de manière abusive. La disposition la plus générale est celle de l'article 32-1, qui dispose que « *celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3 000 €, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés* ». La jurisprudence n'avait pas attendu la consécration de l'article 32-1 du Code de procédure civile pour sanctionner par des dommages-intérêts l'abus du droit de plaider sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, faisant ainsi application dans ce domaine particulier de la célèbre théorie de l'abus du droit dont Josserand s'était fait le défenseur. La jurisprudence a adopté une conception stricte de l'abus en considérant que l'exercice d'une action en justice ne dégénère en faute pouvant donner lieu à des dommages et intérêts que s'il constitue un acte de malice, de mauvaise foi, une erreur grossière équipollente au dol (Civ. 3^{ème}, 22 juin 1983, no 82-12.815 – Civ. 1^{ère}, 25 avr. 1984, no 82-15.914). Cette

définition impose que la faute soit caractérisée de façon précise par le juge qui prononce des dommages et intérêts pour procédure abusive (Civ. 3^{ème}, 1^{er} juin 2010, n°09-65.216). En d'autres termes, elle ne laisse pas la notion de faute ou de caractère fautif à l'appréciation souveraine des juges du fond. Cette position reprise dans les deux espèces est parfaitement justifiée. En effet, elle permet d'éviter qu'une responsabilité soit trop aisément imposée au plaideur abusif et par la même de limiter le principe de la liberté d'agir en justice. Toutefois, la Cour de cassation a pris l'habitude, en matière d'abus de droit, de viser l'article 1382 du Code civil, comme c'est le cas au sein du second arrêt. Or, la jurisprudence n'exige pas la démonstration des conditions classiques de la responsabilité civile. Notamment, le préjudice subi par l'adversaire « victime » de l'abus est rarement envisagé (Civ. 1^{ère}, 22 mars 2012, n° 10-20.749) et n'aurait même pas à être allégué (Com. 6 juin 2001). En conséquence, le fondement du second arrêt soulève des interrogations.

Droit de la famille par Franck TOURET Enseignant de Droit privé

La suppression de la notion de détresse ?

L'Assemblée nationale a voté, le 21 janvier dernier, l'article controversé confortant le droit à l'interruption volontaire de grossesse.

Dans le cadre de l'examen, en première lecture, du projet de loi sur l'égalité femmes/hommes, l'Assemblée nationale a adopté l'article supprimant la notion de « *détresse* » permettant aux femmes de recourir à l'interruption volontaire de grossesse. En effet, l'article L. 2212-1 du Code de la santé publique serait alors rédigé comme suit : « *La femme enceinte "qui ne veut pas poursuivre une grossesse" peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse (...)* ».

**Droit patrimonial par Franck
TOURET
Enseignant de Droit privé**

Application immédiate de la loi nouvelle en matière d'indivision (Civ. 1^{ère}, 15 janv. 2014, n° 12-28.378)

La Cour de cassation, en date du 15 janvier 2014, a précisé que les modalités d'autorisation d'aliénation d'un bien indivis, issues de la loi du 12 mai 2009, étaient applicables aux effets à venir d'une indivision existante au jour de l'entrée en vigueur de la loi.

En l'espèce, un indivisaire s'est opposé à la vente par ses cohéritiers d'un immeuble indivis dépendant de la succession de leurs parents. Les cohéritiers ont saisi le tribunal aux fins de licitation du bien immobilier en application des dispositions de l'article 815-5-1 du Code civil. Ce dernier, introduit par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, prévoit que la vente d'un ou de plusieurs biens indivis est désormais possible, alors même qu'un ou plusieurs indivisaires s'y opposent ou ne font pas connaître leur position. Une telle hypothèse suppose l'initiative d'indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis. Antérieurement à la loi de 2009, l'aliénation ne pouvait avoir lieu que lors du partage de l'indivision. Les juges du fond avaient accueilli favorablement la demande des cohéritiers, l'indivisaire forma donc un pourvoi. L'indivision ayant été constituée en 2003, l'indivisaire fit valoir qu'une loi qui a consacré un principe nouveau n'est applicable aux situations et aux rapports juridiques établis ou formés avant sa promulgation qu'autant qu'il n'en doit pas résulter la lésion de droits acquis. Toutefois, la Cour de cassation rejette le pourvoi en relevant que « *sauf si elle en dispose autrement, une loi nouvelle s'applique immédiatement aux situations juridiques non contractuelles en cours au moment de son entrée en vigueur* ». Dès lors, « *la cour d'appel en a exactement déduit qu'à défaut de dispositions contraires, l'article 815-5-1 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, était applicable aux*

effets à venir d'une indivision existante au jour de l'entrée en vigueur de cette loi ».

**Droit pénal par Mikaël
BENILLOUCHE
Enseignant de Droit pénal**

La lutte contre la fraude aux prestations sociales (article 86 I de la loi n° 2013-1203 du 23 décembre 2013 de financement de la sécurité sociale pour 2014)

L'article 86 I de la loi n° 2013-1203 du 23 décembre 2013 de financement de la sécurité sociale pour 2014 a modifié les dispositions de l'article 313-2 du Code pénal afin d'inclure une circonstance aggravante nouvelle applicable à l'escroquerie, consistant dans la commission du délit « *au préjudice d'une personne publique, d'un organisme de protection sociale ou d'un organisme chargé d'une mission de service public, pour l'obtention d'une allocation, d'une prestation, d'un paiement ou d'un avantage indu* ». L'infraction commise avec cette circonstance aggravante est désormais punie de 7 ans d'emprisonnement et de 750 000 € d'amende.

Le même article de cette loi a reformulé les dispositions de l'article 441-6 alinéa 2 du Code pénal. La disposition prévoit désormais : « *Est puni des mêmes peines [à savoir deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende] le fait de fournir sciemment une fausse déclaration ou une déclaration incomplète en vue d'obtenir ou de tenter d'obtenir, de faire obtenir ou de tenter de faire obtenir d'une personne publique, d'un organisme de protection sociale ou d'un organisme chargé d'une mission de service public une allocation, une prestation, un paiement ou un avantage indu* ».

La lutte contre la fraude aux prestations sociales fait donc désormais l'objet d'une circonstance aggravante et d'une incrimination spécifique. Parmi les deux dispositions nouvelles, il convient de relever que l'article 441-6 alinéa 2 du Code pénal constitue une infraction formelle

caractérisée même en l'absence de l'obtention de la prestation induite. De plus, en aggravant la peine prévue en cas d'escroquerie, le législateur a entendu indiquer l'importance de la valeur sociale protégée.

**Procédure pénale par
Mikaël BENILLOUCHE
Enseignant de Procédure
pénale**

1. L'affaire de l'amiante (suite et...pas fin) : deux arrêts de la Chambre criminelle confirment les mises en examen (Crim., 10 décembre 2013, n° 13-83.915 et n° 13-84.286)

La Chambre de l'instruction avait été saisie de demandes d'annulation des mises en examen prononcées dans le cadre de l'affaire de l'amiante.

Dans le premier arrêt (n° 13-83.915), la Cour de cassation censure l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris qui avait annulé la mise en examen des chefs d'empoisonnement, voie de fait ayant entraîné la mort, homicides involontaires, coups et blessures involontaires, abstention délictueuse de porter secours, de plusieurs personnalités. En effet, pour la chambre de l'instruction « *le maintien de l'"usage contrôlé" de l'amiante a[vait] été décidé au regard des connaissances médicales de l'époque et d'un contexte international marqué par des politiques différentes* ». De plus, la cour d'appel avait relevé que les personnes mises en examen avaient été à l'initiative de plusieurs textes et mesures tendant à assurer la protection des travailleurs de l'amiante et appartenaient tous deux au Comité permanent amiante, instance de concertation, créé en 1982. La chambre de l'instruction avait donc conclu « *qu'il n'exist[ait] pas d'indices graves ou concordants à l'encontre des intéressés d'avoir commis les faits reprochés* ». Cet arrêt de la chambre de l'instruction a été cassé. En effet, pour la Haute juridiction, la chambre de l'instruction a constaté que l' "*usage contrôlé*" de l'amiante mis en place par le décret

du 17 août 1977 et dont la réglementation et la surveillance au regard du risque admis relevaient de la direction des relations du travail, a été maintenu jusqu'au décret d'interdiction du 24 décembre 1996. Or, l'amiante a été classé comme étant agent cancérigène pour l'homme par le Centre international de recherche sur le cancer depuis 1977. De plus, en 1982, la conférence de Montréal a indiqué que les valeurs limites d'exposition résultant de l'usage contrôlé de l'amiante ne protégeaient pas suffisamment du risque de cancer. Plus encore, la France s'est opposée en 1986 à la proposition d'interdire l'amiante faite par l'Agence américaine de protection de l'environnement puis, en 1991, au projet de directive de la Commission européenne tendant à une interdiction globale. Enfin, ces prises de position faisaient suite, l'une au dépôt d'un rapport, l'autre à la transmission d'un avis du Comité permanent amiante qui s'était montré très actif pour défendre l' "*usage contrôlé*" de l'amiante dont il ne contestait pas le caractère cancérigène. La chambre de l'instruction s'est donc prononcée par des motifs empreints de contradiction.

Dans le second arrêt (n° 13-84.286), la Cour de cassation statuait sur la demande en annulation des mises en examen des chefs d'empoisonnement, voie de fait ayant entraîné la mort, homicides involontaires, coups et blessures involontaires, formée par plusieurs protagonistes. Elle a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la chambre de l'instruction n'ayant pas accueilli, sur renvoi après cassation (Crim., 26 juin 2012, n° 12-80.319), la demande d'annulation. Ce rejet des demandes reposait sur le constat que « *les risques résultant d'une exposition prolongée à l'amiante étaient connus des dirigeants de la société [...] qui n'ont pas pris toutes les dispositions pour empêcher les inconvénients liés à cette exposition, laquelle a engendré des maladies professionnelles et des décès* ». La Chambre criminelle a indiqué que le juge d'instruction avait réuni des indices graves ou concordants rendant vraisemblable que les personnes mises en examen aient pu participer comme auteurs ou comme complices à la commission des infractions dont il est saisi. Ce faisant, la Cour de cassation a ouvert la voie à la possibilité d'un procès de l'amiante dont il

demeure impossible, en l'état, de préjuger de l'issue.

2. La méconnaissance du procès équitable en raison du mode de calcul de la computation du délai de pourvoi en cassation (CEDH, Viard c. France, 9 janvier 2014, requête n°71658/10)

S'il ne figure pas expressément dans l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, le droit d'accès à un juge n'en est pas moins fondamental, comme l'avait déjà indiqué la décision *Golder c. Royaume-Uni* (CEDH, 21 février 1975, série A, n° 18) qui se fondait sur un principe de droit international prohibant le déni de justice.

La Cour européenne des droits de l'homme vient de constater une méconnaissance de ce droit par la France. En l'occurrence, une chambre de l'instruction avait adressé au requérant le 16 février 2010, d'après le cachet de la poste, un courrier recommandé portant la mention « *Aud. 12/02/2010 Ch. Instr. 2010/00028* ». Le 19 février, le requérant a formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt mais le conseiller rapporteur à la Cour de cassation a conclu à sa non-admission pour non-respect du délai de cinq jours francs suivant la notification de l'arrêt intervenue, selon son interprétation, le 12 février 2010. La computation résultait donc selon le droit interne de la date d'audience et non celle de la notification qui avait réduit le délai pour agir de cinq à un jour. Dans son arrêt du 9 janvier 2014, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle que la réglementation relative aux formalités et aux délais à respecter pour former un recours qui vise une bonne administration de la justice ne saurait pas empêcher le justiciable d'utiliser une voie de recours disponible. La Cour en a déduit une atteinte aux dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention, le requérant s'étant vu refuser son droit d'accès à un tribunal, confirmant ainsi sa jurisprudence (*CEDH, Gruais et Bousquet c. France*, 10 janvier 2006, requête n° 67881/01). Le droit d'accès doit donc demeurer « concret et effectif » (*CEDH, Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, série A, n° 32).

**Droit public par Matthieu
THAURY
Enseignant de Droit public**

1. Pas de trêve hivernale pour la théorie de l'emprise irrégulière (Tribunal des conflits, 9 décembre 2013, *Pannizon c/ commune de Saint-Palais-sur-Mer*, n° C3931)

Après avoir consacré une nouvelle définition, plus restrictive, de la voie de fait (TC, 17 juin 2013, *M. Bergoend c/ Société ERDF Anney Léman*), le Tribunal des Conflits opère, dans la présente décision, un resserrement s'agissant de la théorie de l'emprise irrégulière. Rappelons que l'emprise consiste dans la prise de possession, temporaire ou définitive, d'un immeuble par l'administration, empêchant le propriétaire d'exercer ses droits. La jurisprudence considère traditionnellement que si le juge administratif est seul compétent pour se prononcer sur la régularité d'une emprise ainsi que pour y mettre un terme, il n'appartient qu'au juge judiciaire, gardien de la propriété privée, de statuer sur la réparation (TC, 1949, *Sté Hôtel du Vieux-Beffroi*).

En l'espèce, M et Mme Pannizon avaient mis une parcelle de terrain leur appartenant à disposition de la commune de Saint-Palais-sur-mer. La commune s'était maintenue dans les lieux après expiration de la convention. Les propriétaires assignèrent alors la commune devant le Tribunal de Grande Instance de Saintes, en arguant de l'existence d'une voie de fait, afin d'obtenir l'expulsion de la commune ainsi que l'indemnisation de leur préjudice. Le juge judiciaire s'étant estimé incompétent, les requérants agirent devant le Tribunal administratif de Poitiers pour obtenir l'annulation de la décision du maire rejetant leur demande de restitution ainsi que l'expulsion de la commune et, enfin, l'indemnisation de leur préjudice. S'il fit droit aux prétentions des requérants sur les deux premiers points, le Tribunal administratif s'estima incompétent pour connaître du troisième, en application de la théorie de l'emprise irrégulière.

Appelé à se prononcer sur la question de l'ordre juridictionnel compétent s'agissant du contentieux de l'indemnisation en cas d'atteinte irrégulière à la propriété privée immobilière, le Tribunal des conflits, sans aller jusqu'à faire disparaître la théorie de l'emprise irrégulière, va en réduire singulièrement la portée. Il considère ainsi que, « *dans le cas d'une décision administrative portant atteinte à la propriété privée, le juge administratif, compétent pour statuer sur le recours en annulation d'une telle décision et, le cas échéant, pour adresser des injonctions à l'administration, l'est également pour connaître de conclusions tendant à la réparation des conséquences dommageables de cette décision administrative, hormis le cas où elle aurait pour effet l'extinction du droit de propriété* ». En l'espèce, il relève que « *si l'occupation de la parcelle de terrain appartenant à M. et Mme A. par la commune de Saint-Palais-sur-Mer a porté atteinte au libre exercice de leur droit de propriété sur ce bien, elle n'a pas eu pour effet de les en déposséder définitivement* ». Dès lors, le Tribunal administratif était compétent pour statuer sur les conclusions tendant à l'indemnisation des conséquences dommageables de cette occupation irrégulière.

Cette évolution de la jurisprudence était à la fois prévisible et souhaitable. Prévisible car, elle s'inscrit en pleine cohérence avec la décision « Bergoend » (préc.) qui a limité les hypothèses de voie de fait aux atteintes à « *la liberté individuelle* » (et non plus aux atteintes aux « *libertés fondamentales* ») et à « *l'extinction d'un droit de propriété* » (et non plus à l'atteinte au droit de propriété). Souhaitable car, comme la théorie de la voie de fait, celle de l'emprise, un temps justifiée par la méfiance à l'égard du juge administratif, réputé moins indépendant et moins « *généreux* » que le juge judiciaire, n'a plus de réel fondement. Au contraire, elle peut s'avérer contraire au principe de bonne administration de la justice dès lors qu'elle conduit le requérant à se tourner vers plusieurs juges pour assurer la protection d'un même droit fondamental : le droit de propriété. Les faits de l'espèce illustrent d'ailleurs fort bien cette difficulté.

Néanmoins, ces théories n'ont pas disparu et les inconvénients que nous venons d'évoquer demeureront dans les rares hypothèses où elles

pourront encore trouver à s'appliquer. Pire, la théorie de la voie de fait et celle de l'emprise continueront de se « *chevaucher* » lorsque l'action administrative conduira à une « *extinction* » du droit de propriété. Il appartiendra alors au justiciable, pour savoir vers quel juge se tourner, de déterminer si cette atteinte à la propriété résulte d'un acte rattachable aux pouvoirs de l'administration (mais illégal) ou au contraire d'un acte à ce point illégal qu'il est manifestement insusceptible de se rattacher aux pouvoirs de l'administration. Dire que la tâche ne sera pas aisée confine à l'euphémisme.

En définitive, il reste à espérer que ces arrêts du Tribunal des Conflits ne constituent qu'une étape vers la disparition pure et simple de ces théories désuètes et sources de complexité...

2. Conseil d'Etat, 13 novembre 2013 M. A ***Mesures d'ordre intérieur : entre volonté de systématisation et nécessaire plasticité de la notion.***

La catégorie des mesures d'ordre intérieur (ci-après MOI) regroupe l'ensemble des décisions administratives considérées comme insusceptibles de recours devant le juge de l'excès de pouvoir à raison de l'insuffisance de leurs effets sur la situation de leurs destinataires. Depuis les célèbres arrêts « Marie et Hardouin » (CE Ass., 17 février 1995), elle a connu une réduction significative qui a permis aux détenus de contester plus facilement les mesures prises par l'administration pénitentiaire. Toutefois, réduction ne signifie pas disparition, le Conseil d'Etat n'ayant en effet admis de connaître des décisions prises à l'encontre des détenus que si elles emportaient, « *eu égard à [leur] nature et à [leur] gravité, des effets sensibles sur la situation des intéressés* ».

Dans un but de clarification, le Conseil d'Etat a identifié, dans sa jurisprudence postérieure, des mesures qui sont désormais, par principe, susceptibles de faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir. Tel est le cas des changements d'affectation d'un détenu d'un établissement pour peines à une maison d'arrêt (CE, 14 décembre 2007, ministre de la justice c/ M. Boussouar, n° 290730). Cette solution est fondée sur l'idée d'un « *durcissement* » des conditions de détention. A l'inverse, le Conseil d'Etat a

précisé que les changements d'affectation entre établissement de même nature ou d'une maison d'arrêt à un établissement pour peine demeurent des MOI. La Haute juridiction a toutefois pris le soin de réserver le cas où de telles mesures mettraient en cause les droits fondamentaux du détenu.

Précisément, l'arrêt rendu le 13 novembre 2013 illustre la nécessaire plasticité de la notion de MOI et les limites cette œuvre de systématisation. En l'espèce, M. A qui avait été écroué au centre de détention de Casabianda (établissement pour peine) entendait contester en excès de pouvoir deux décisions administratives. Par la première, en date du 26 février 2010, le Garde des Sceaux avait décidé d'un changement d'affectation du détenu vers le centre de détention de Salon de la Provence (autre établissement pour peine). Par la seconde, en date du 30 mars 2010, le directeur interrégional de services pénitentiaires de Marseille avait décidé d'affecter le détenu, à titre transitoire, aux Baumettes (maison d'arrêt) en attendant le changement d'affectation définitif.

Son recours ayant été rejeté en premier ressort, il fit appel devant la Cour administrative d'appel de Paris (ci-après la CAA). Cette dernière admit la recevabilité du recours contre la décision du 26 février 2010 mais conclut à sa légalité dès lors qu'elle n'était pas soumise à l'exigence de motivation au titre de la loi du 11 juillet 1979. En revanche, elle annula la décision du 30 mars 2010. Le Conseil d'Etat fut alors saisi de deux pourvois en cassation. M. A contestait l'arrêt de la CAA en tant qu'il validait la décision du 26 février 2010 et le Garde des Sceaux contestait le même arrêt en tant qu'il annulait la décision du 30 mars 2010.

L'arrêt rendu par le Conseil d'Etat aboutit à un résultat apparemment paradoxal au regard de la jurisprudence « Boussouar ». En effet, en application de celle-ci, la décision de changement affectation entre établissements de même nature est par principe une MOI. Toutefois, ainsi que le rappelle le Conseil d'Etat, « *il en va autrement lorsque la nouvelle affectation s'accompagne d'une modification du régime de détention entraînant une aggravation des conditions de détention* ». Or, en l'espèce, ainsi que l'avait relevé la CAA, si les centres de détention de Casabianda et de Salon de

Provence constituent des établissements de même nature, le premier est le seul établissement pénitentiaire en France à pratiquer un « *mode de détention ouvert* ». Dès lors, c'est à bon droit qu'elle a jugé que la décision du 26 février 2010 de transférer M. A. au centre de détention de Salon de Provence « *était de nature à entraîner une aggravation de ses conditions de détention et était, pour ce motif, susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir* ».

A l'inverse, alors qu'en application de la jurisprudence « Boussouar » le changement d'affectation d'un d'établissement pour peine à une maison d'arrêt n'est pas, en principe, une MOI, il n'en va pas de même lorsque ce changement d'affectation présente simplement un caractère transitoire : « *si une décision de changement d'affectation d'un établissement pour peines à une maison d'arrêt constitue, en principe, (...) un acte administratif susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, il en va autrement des décisions qui sont prises à seule fin de permettre l'exécution d'une décision de changement d'affectation, sous réserve que ne soient pas en cause des libertés et des droits fondamentaux des détenus (...)* ». Le Conseil d'Etat annule ainsi l'arrêt de la CAA qui avait admis la recevabilité du recours contre la décision du 30 mars 2010 sans vérifier si elle portait atteinte aux droits fondamentaux du détenu. Puis, statuant au fond, il constate que, la mesure n'ayant pas eu un tel effet, elle était insusceptible de recours.

Il faut se féliciter du pragmatisme du Conseil d'Etat qui se réserve la possibilité de contrôler les mesures affectant les droits fondamentaux, tout en restant attaché à éviter l'encombrement du prétoire du juge administratif.

**Droit du travail par
Amandine SARFATI
Enseignant de Droit du
travail
Avocat à la cour**

1. Soc.4 décembre 2013, n° 12-19667 : Egalité de traitement, harcèlement moral et travail à domicile

L'arrêt du 4 décembre 2013 est l'occasion pour nous de faire le point sur trois problématiques très présentes dans la jurisprudence des cinq dernières années à savoir le principe d'égalité de traitement entre salariés, la prohibition du harcèlement moral au travail ainsi que les modalités du travail à domicile dans le respect du droit à la vie privée du salarié. Tout en confirmant certaines règles déjà existantes en droit positif, la Chambre Sociale de la Cour de Cassation apporte des précisions qu'il convient de faire remarquer.

Sur l'égalité de traitement, la question était la suivante : un avantage prévu par une convention collective dont relève seulement une partie des salariés de l'entreprise doit-il s'appliquer à l'ensemble des salariés de l'entreprise et ce, sur le fondement de l'égalité de traitement ?

Un employeur n'avait pas accordé à l'ensemble de ses salariés la même somme au titre des indemnités de repas. Il justifiait alors cette différence de traitement par le fait que l'avantage litigieux n'était prévu que par une seule convention collective dont ne relevaient pas l'ensemble des salariés. Il faisait alors bénéficier cet avantage aux seuls salariés relevant de la convention collective qui le prévoyait. La Cour de Cassation a rejeté l'argument de l'employeur en considérant que « *si des dispositions conventionnelles auxquelles l'employeur est soumis peuvent accorder des avantages à une catégorie de salariés, elles ne peuvent suffire à justifier une différence de traitement avec des salariés relevant d'une autre catégorie professionnelle mais se trouvant dans la même situation au regard de l'avantage en cause qu'à la condition que cette différence de traitement repose sur des raisons objectives,*

pouvant résulter de la prise en compte des spécificités de la catégorie professionnelle qui en bénéficie, dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence ». En d'autres termes, le simple fait qu'un avantage soit prévu par une convention collective dont relèvent certains salariés ne justifie pas que cet avantage ne s'applique pas aux autres salariés à moins « *que cette différence de traitement repose sur des raisons objectives, pouvant résulter de la prise en compte des spécificités de la catégorie professionnelle qui en bénéficie, dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence* . » En l'espèce, dès lors que l'employeur ne justifiait « *d'aucune raison objective et pertinente pouvant légitimer la disparité constatée dans le montant des indemnités de repas* », la Cour de Cassation caractérisait l'inégalité de traitement.

Sur l'indemnité d'occupation au titre du travail à domicile, la question était la suivante : à quelles conditions le salarié à domicile peut-il prétendre au versement d'une indemnité au titre de l'occupation de son domicile à des fins professionnelles ? Un salarié travaillant à domicile reprochait à son employeur de ne pas lui avoir versé une indemnité *d'occupation au titre du travail à domicile* destinée à compenser l'immixtion dans sa vie privée. La difficulté résidait dans le fait qu'un local professionnel lui avait été mis à disposition mais que celui-ci avait fait le choix de travailler à son domicile. Par l'arrêt du 4 décembre 2013, la Chambre Sociale de la Cour de Cassation a rendu un arrêt confirmatif en considérant que « *le salarié ne peut prétendre à une indemnité au titre de l'occupation de son domicile à des fins professionnelles dès lors qu'un local professionnel est mis effectivement à sa disposition* » ce qui, en l'espèce, était bien le cas. Cette solution n'est pas nouvelle et avait déjà été dégagée dans un arrêt du 12 décembre 2012 (Cass.Soc.12 décembre 2012). En d'autres termes, lorsque le travail à domicile est une faculté laissée au salarié, celui-ci ne peut prétendre à l'octroi d'une indemnité au titre de l'occupation de son domicile.

Sur le harcèlement moral, les questions étaient les suivantes : le harcèlement moral est-il caractérisé ? Sur qui pèse la charge de la

preuve en matière de harcèlement moral ? La Cour de Cassation a considéré que « *les inégalités de traitement, les obstacles à l'avancement et la dégradation de l'état de santé constatés* » (...), *permettaient de présumer l'existence d'un harcèlement* ». Elle nous renseignait donc sur les faits pouvant caractériser un harcèlement moral.

Quid de la charge de la preuve ?

Sur ce point, l'arrêt du 4 décembre 2013 est parfaitement conforme à la jurisprudence antérieure puisqu'il rappelle la règle selon laquelle « *lorsque le salarié établit la matérialité de faits précis et concordants constituant selon lui un harcèlement, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral et, dans l'affirmative, il incombe à l'employeur de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement* ». En d'autres termes, le salarié doit apporter la preuve des faits qu'il invoque. Il appartient alors à l'employeur de prouver que l'attitude qui lui était reprochée était justifiée « *par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement* ».

2. Les nouvelles dispositions applicables au travail à temps partiel : un véritable tsunami provoqué par la loi sur la sécurisation de l'emploi du 16 juin 2013

Le principe : une durée minimale de 24 heures de travail par semaine

La loi sur la sécurisation de l'emploi publiée au Journal officiel le 16 juin 2013 vient profondément modifier la législation sur le temps partiel en prévoyant une durée minimale de travail en dessous de laquelle, l'employeur sera dans l'illégalité.

Cette durée minimale de travail est de 24 heures par semaine.

Auparavant, seule une durée maximale était visée par le législateur puisque étaient considérés comme salariés à temps partiel, les salariés travaillant moins de 35 heures hebdomadaires (durée légale du travail).

Dorénavant, la durée minimale de travail du salarié à temps partiel sera au moins égale à 24 heures par semaine.

Les exceptions

La loi sur la sécurisation de l'emploi prévoit quatre hypothèses dans lesquelles, une durée de travail inférieure à 24 heures par semaine pourra être appliquée valablement.

Cela concerne :

- **1^{ère} exception : les étudiants de moins de 26 ans**, le but étant de leur permettre d'exercer une activité professionnelle compatible avec la poursuite de leurs études (art. L. 3123-14-5 du Code du Travail) ;
- **2^{ème} exception : les associations intermédiaires et les entreprises de travail temporaire d'insertion** lorsque le parcours d'insertion le justifie art. L. 5132-6 et L. 5132-7 du Code du Travail
- **3^{ème} exception** : les salariés qui feront un demande écrite et motivée à leur employeur pourront déroger au principe susvisé à condition que cette dérogation ait pour objet de leur permettre **soit de faire face à des obligations et contraintes personnelles**, soit de **cumuler plusieurs activités** pour atteindre la durée minimale de 24 heures ou encore une durée globale d'activité correspondant à un temps plein soit 35 heures.
- **4^{ème} exception : une convention ou un accord de branche étendu peut prévoir une durée de travail inférieure à 24 heures**. (article L. 3123-14-3 du Code du Travail).

La date d'entrée en vigueur du dispositif

Les dispositions précitées sont applicables depuis le 1^{er} janvier 2014.

Pour les contrats de travail en cours au 1^{er} janvier 2014, le dispositif sera applicable à compter du 1^{er} janvier 2016.

Les heures complémentaires

Jusqu'à présent, la loi prévoyait que les salariés à temps partiel pouvaient effectuer des heures

complémentaires dans la limite de 1/10e de la durée hebdomadaire ou mensuelle de travail prévue dans leur contrat. Au-delà du 1/10e de la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue, une majoration de salaire égale à 25 % devait alors s'appliquer.

Dorénavant, la loi sur la sécurisation de l'emploi prévoit qu'à partir du 1er janvier 2014, la majoration de salaire s'appliquera dès la 1re heure complémentaire effectuée par le salarié à temps partiel.

Sur ce point, le nouveau dispositif apporte la encore des modifications quant au montant de cette majoration. Elle sera de 10 % pour les heures accomplies dans la limite du 1/10e de la durée hebdomadaire ou mensuelle de travail (Code du travail, art. L. 3123-17) et de 25 % pour les heures accomplies au-delà et dans la limite du 1/3 de la durée du contrat (lorsqu'un accord d'entreprise ou de branche le permet).

Toutefois, d'après l'article L3123-19 du code du Travail, une convention ou un accord de branche étendu pourra prévoir un taux de majoration inférieur, dans la limite de 10 % .

**Droit des affaires par
Jacob BERREBI
Enseignant de Droit privé**

Com. 7 janvier 2014, pourvoi n°12-20204

Com. 7 janvier 2014, pourvoi n°10-18319

Voici l'une des problématiques les plus récurrentes et les plus complexes combinant le droit des sociétés et le droit des contrats. Quel est le champ de la transmission universelle du patrimoine dans le cadre d'une opération de fusion-absorption ? Quels sont les contrats qui sont transmis par ce procédé ? La réponse suit-elle la logique économique du droit des sociétés ou se trouve-t-elle déterminée par les règles du droit commun des obligations ? Telles sont les questions dont est à nouveau saisie la Cour de cassation.

Rappelons, à titre liminaire, le principal effet d'une opération de fusion-absorption : l'article L.

236-1, 1° du Code de commerce dispose : « *La fusion ou la scission entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération (...)* ». Rappelons également que, par principe, l'opération comportant un apport partiel d'actifs soumis au régime des scissions procède de la même mécanique juridique.

Dans la première affaire, une banque s'engage à titre de sous-caution à l'égard d'une société X. Par suite et avant qu'elle soit appelée en paiement, la banque est absorbée par une autre banque. Cette dernière est alors appelée en garantie, mais refuse d'honorer l'engagement de la banque absorbée considérant qu'en tant que banque absorbante, elle ne saurait être tenue de cet engagement. Parmi ses arguments, la banque absorbante affirme qu'un cautionnement ne saurait être implicite et qu'au moment de la fusion-absorption, la banque absorbante n'ayant pas été appelée en paiement, l'engagement de sous-caution ne lui avait pas été transmis. La Cour régulatrice n'est pas sensible à cet argumentaire : les hauts conseillers rejettent le pourvoi en affirmant que « *la fusion entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération* ». Dès lors, la Haute juridiction en déduit qu'en cas d'absorption d'une société ayant souscrit un engagement de sous-caution, la société absorbante est tenue d'exécuter cet engagement dans les termes de celui-ci.

Dans la seconde affaire, les faits étaient autrement plus complexes : une société M. conclut un contrat de franchise à durée déterminée avec la société CM., aux termes duquel la seconde approvisionne la seconde. Le franchiseur, la société CM. fait l'objet de plusieurs apports partiels d'actifs, au profit notamment de la société CSF. Profitant de la situation, le franchisé M. rompt alors le contrat de franchise avant son terme et conclut un nouveau contrat d'approvisionnement avec un autre fournisseur, la société S. Par suite, la société CSF agit en responsabilité à l'encontre de

la société S. (sans doute en vertu de la complicité de cette dernière dans la rupture fautive du contrat de franchise). Les juges du fond déboutent la société CSF de ses demandes. Le débat se cristallise ainsi sur le point de savoir si le franchisé avait rompu de manière fautive ou valablement le contrat de franchise. Autrement dit, si le contrat de franchise avait fait l'objet de la transmission universelle lors des apports partiels d'actif, le franchisé ne pouvait valablement rompre la convention avant son terme. Si le contrat de franchise n'avait pas fait l'objet d'une telle transmission, la rupture ne pouvait être considérée comme fautive et découlait de la possibilité pour le franchisé de dénoncer un contrat en raison de la substitution non consentie de cocontractant. C'est en ce sens que la Cour de cassation statue : « *ayant retenu à bon droit le caractère "intuitu personae" du contrat de franchise conclu par la société Maxi distribution et la nécessité de l'accord du cocontractant en vue de sa transmission par l'effet des apports partiels d'actifs, la cour d'appel qui a constaté l'absence d'un tel accord, en a justement déduit que le contrat liant les parties n'avait pas été transmis* ».

Dans un cas comme dans l'autre, il s'agissait donc de savoir si la convention en cause avait fait l'objet d'une transmission de patrimoine de la société absorbée à la société absorbante. Dans la première affaire, la dette de la sous-caution, société absorbée, oblige finalement la société absorbante. Autrement dit,

l'engagement a été transmis en vertu de l'article L. 236-3 du Code de commerce. Dans la seconde affaire, en l'absence de stipulation en ce sens (acceptation de la substitution de cocontractant par le franchisé), ce dernier pouvait valablement dénoncer la convention. En d'autres termes, le contrat de fourniture n'avait pas fait l'objet de la transmission commandée par les apports partiels d'actifs.

Une erreur d'interprétation serait de distinguer les deux solutions en raison de la nature des opérations en cause : l'explication ne réside pas dans une opposition entre la fusion-absorption et l'apport partiel d'actifs. Dans les deux cas, la transmission universelle du patrimoine de l'article L. 236-3 du Code de commerce joue. L'explication de la différence de solution ne réside pas plus dans la nature des contrats en cause : le contrat de cautionnement comme le contrat de franchise constituent des contrats conclus *intuitu personae*. Au final, l'on constate que les présentes décisions sont conformes à la jurisprudence antérieure (Com. 21 janvier 2003 ; Com. 3 juin 2008). Dans le cas du cautionnement, il s'agit d'éviter de faire échec à la garantie donnée. Si l'engagement précède la fusion, l'appel en garantie n'intervient qu'après la fusion. Dans le cas du contrat de franchise, la logique économique cède devant les exigences du droit des contrats. La transmission du patrimoine n'est donc pas automatique.

CRISP

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation
