

# BMA Bulletin Mensuel d'Actualités du CRISP

N°3 – Mars 2014

## Sommaire

L'édito	p. 3
L'agenda	p. 4
Le concours CRFPA	p. 5
L'article du mois	p. 6
Le commentaire	p. 13
L'actualité	p. 17

# 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

### La réforme du droit des contrats (1<sup>ère</sup> partie)

Jacques-Louis David a peint Napoléon debout dans son bureau des Tuileries, les bougies consumées, l'horloge indiquant le petit matin, la plume et les papiers éparpillés. Tout laisse penser que l'empereur a passé la nuit à travailler sans fatigue au Code civil pour le bien de son peuple. Espérons que deux siècles plus tard, notre législateur ne sous-estime pas l'ampleur des difficultés qui l'attend, à l'image d'une campagne de Russie.



**CRISP**[crisp@prepa-isp.fr](mailto:crisp@prepa-isp.fr)**Président du CRISP**Philippe MAZET  
[philippe.mazet@prepa-isp.fr](mailto:philippe.mazet@prepa-isp.fr)**Rédacteur en chef**Franck TOURET  
[franck.touret@prepa-isp.fr](mailto:franck.touret@prepa-isp.fr)**Directeur de la recherche**Mikaël BENILLOUCHE  
[mikael.benillouche@prepa-isp.fr](mailto:mikael.benillouche@prepa-isp.fr)**Directrice Générale ISP**Julie HABERMAN  
[julie.haberman@prepa-isp.fr](mailto: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](mailto:crisp@prepa-isp.fr)

Prochaine Conférence du CRISP

**LA PROSTITUTION**Samedi 12 avril 2014  
Inscription par mail : [crisp@prepa-isp.fr](mailto:crisp@prepa-isp.fr)

Voir page 4

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](mailto: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

### Les bonnes résolutions ont-elles été tenues ?

On le sait, les bonnes résolutions ne tiennent jamais longtemps. Comme le disait La Rochefoucauld, « *Il faut tenir à une résolution parce qu'elle est bonne, et non parce qu'on l'a prise* ».

L'année 2013 s'achevait par des promesses gouvernementales fortes pour moderniser et simplifier le droit et les procédures dans le domaine de la justice et des affaires intérieures. Les résolutions 2014 du garde des Sceaux étaient d'édifier la justice du XXI<sup>e</sup> siècle. De son côté, le premier ministre, lors de ses vœux à la presse, affirmait que d'ici fin janvier, le parlement adopterait « *la loi relative à la fin du cumul des mandats* », mi-février elle fut adoptée (brèves BMA 2014/4). D'autres volontés n'ont pas rencontré le même succès. Il en est ainsi de la résolution de réformer le Code civil par voie d'ordonnance. En effet, le Sénat n'a pas entendu donner un blanc seing au gouvernement pour modifier le Code napoléonien (Brèves BMA 2014/3), ou de l'abandon du projet de réforme du droit de la famille (Brèves BMA 2014/4). Après ce bref retour sur le sort des résolutions de nos dirigeants, remémorons-nous les résolutions et dressons un premier bilan.

L'année 2013 ne s'est pas achevée par des promesses, mais par des résultats concrets excellents pour nos élèves. L'ISP se devait donc de prendre de *bonnes* résolutions pour cette année 2014 afin de maintenir le niveau d'excellence. La prépa s'est ainsi dotée d'un centre de recherches, idée novatrice. Ses initiatives ont été nombreuses.

Première *bonne* résolution : le lancement d'une revue juridique. Sur la forme, dès le deuxième numéro, le BMA s'est paré d'une robe mettant en valeur son contenu. Sur le fond, le BMA a été

la première revue à proposer un article approfondi

relatif à l'affaire Dieudonné (BMA 2014/3) ou à la réforme du droit des contrats (BMA 2014/4). Surtout, nous offrons la possibilité aux deux étudiants les plus inspirés de publier un commentaire d'arrêt et de remporter l'une des deux préparations estivales.

Deuxièmement *bonne* résolution : le cycle de conférences. La première conférence s'est déroulée, ce premier samedi du mois. Pour nos intervenants, l'entreprise était difficile. D'une part, traiter de la laïcité chez les lazaristes ne pouvait que présager la qualité des débats. Saint Vincent de Paul, fondateur des lazaristes, a pu en attester. D'autre part, les incertitudes liées au nombre de participants ont vite été levées. Il ne restait plus qu'aux conférenciers à satisfaire l'appétit intellectuel des participants. Les plus gourmands se sont tournés vers les sucreries préparées en guise de petit déjeuner.

Dernière *bonne* résolution, nous avons souhaité nous rapprocher de nos étudiants par les réseaux sociaux. Quelques chiffres : le compte Twitter de l'ISP, en moins de 6 mois, affiche déjà 700 tweets, 300 abonnés ; la page Facebook totalise de nombreux likes et commentaires.

Puisque nos résolutions sont *bonnes*, nous devons nous y tenir...

Julie HABERMAN  
Directrice de l'ISP

Franck TOURET  
Rédacteur en chef  
Enseignant de Droit privé

## 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<sup>er</sup> 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](mailto:crisp@prepa-isp.fr)

### La prostitution

(sous la direction scientifique de M. Benillouche, Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles, enseignant à l'ISP)

Date : Samedi 12 avril 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 prostitution à travers l'Histoire, par J. Calauzenes, Professeur d'Histoire, enseignant à l'ISP
- La pratique judiciaire et l'appréhension de la prostitution, par M. Benillouche, Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles, enseignant à l'ISP
- La pratique policière de la répression de la prostitution, par Hanem Hamouda, Commissaire de police, enseignante à l'ISP
- Le législateur et la prostitution, par J.-Y. Maréchal, Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles, codirecteur de l'Institut de criminologie de Lille
- Débat avec le public et synthèse

**Inscription obligatoire:**

**[crisp@prepa-isp.fr](mailto:crisp@prepa-isp.fr) avant le 28 mars 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<sup>ère</sup>, 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](mailto: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<sup>ère</sup>, 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

### Réforme du droit des contrats (1<sup>ère</sup> partie)

Le Code civil a fait l'objet de plusieurs réformes importantes notamment en droit de la famille (en 1965, introduction de l'égalité des droits et devoirs des époux ; en 1970, suppression de la notion de chef de famille ; en 1985, égalité entre père et mère ; en 1999, introduction du PACS et en 2013, ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe). En revanche, des pans entiers du Code civil n'ont été que peu modifiés depuis 1804, comme le droit des biens ou la théorie générale du droit des contrats. La volonté de réformer la Constitution civile de la France (expression de J. Carbonnier) n'est pas nouvelle. En effet, l'on peut citer l'avant-projet Catala en premier, puis le projet de la Chancellerie et enfin celui de l'Académie des Sciences morales et Politiques, sous la direction du Professeur Terré qui ont ouvert la voie à une possible réforme depuis 2005.

Toutefois, le 27 novembre 2013, la réforme a pris une nouvelle dimension. Le ministre de la Justice présente le projet de loi d'habilitation du gouvernement à légiférer par ordonnance. L'article 3 dudit projet affirme que « *Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance les mesures, relevant du domaine de la loi, nécessaire pour modifier la structure et le contenu du livre III du code civil afin de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme et à cette fin* ». Le 15 janvier 2014, le journal « les Échos » publie sur son site un document de travail relatif à l'avant-projet de réforme du droit des obligations, dont il faut souligner qu'il manque quelques pages. Le même jour, la

commission des lois adopte le projet de loi de modernisation

et de simplification dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, en limitant le périmètre des habilitations demandées. Puis, le 23 janvier, le Sénat s'est prononcé contre l'adoption de l'article 3, et la modification du droit des obligations et des contrats par voie d'ordonnance. Le texte a dès lors été transmis à l'Assemblée nationale le 24 janvier 2014. Enfin, le 19 février, Madame Capdevielle a déposé le rapport fait au nom de la commission des lois.

Pour l'essentiel, le droit des contrats n'a pas été réformé depuis 1804, et il apparaît aujourd'hui incomplet et inadapté, à tout le moins d'un point de vue textuel. Depuis 210 ans, c'est à la jurisprudence qu'il est revenu de l'adapter aux innovations et aux mutations de la société : le droit des contrats n'est plus dans le code, mais dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Cela pose problème en termes de lisibilité, de sécurité juridique et d'accessibilité de notre droit. De plus, des domaines entiers du droit des contrats modernes, comme la période précontractuelle, ne sont tout simplement pas traités par le Code civil.

Cette réforme majeure nécessite une analyse en profondeur qui fera l'objet de plusieurs articles (la sanction ; les effets du contrat ; les autres sources d'obligations ; le régime général des obligations et la preuve du contrat). Pour cette première partie, seront envisagées les dispositions préliminaires de l'avant-projet de réforme (I) et la validité du contrat (II).

Jacob BERREBI

*Enseignant de Droit privé*  
[Jacob.berrebi@prepa-isp.fr](mailto:Jacob.berrebi@prepa-isp.fr)

Franck TOURET

*Enseignant de Droit privé*  
[Franck.touret@prepa-isp.fr](mailto:Franck.touret@prepa-isp.fr)

## I/LES DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES DE L'AVANT-PROJET DE REFORME

Quatre mouvements majeurs semblent initiés par le projet de réforme du droit des contrats : d'abord, d'un point de vue terminologique, la notion de convention se trouve remplacée définitivement par celle de contrat (A) ; ensuite, le projet modernise la classification des contrats (B) ; puis, le Code civil est destiné à davantage encadrer la période précontractuelle (C) ; enfin, les avant-contrats les plus connus sont définis et leur régime établi (D).

### A/La réécriture de l'article 1101 C. civ.

**Est envisagée une réécriture de l'article 1101 du Code civil.** Le texte du Code civil de 1804 dispose que « *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ». L'article 1<sup>er</sup> du projet de réforme prévoit un nouvel article 1101 du Code civil qui serait alors rédigé de la manière suivante : « *Un contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer des effets de droit* » (article 1 du projet de réforme du droit des contrats). Une telle réécriture n'a été que très peu relevée par la doctrine. Trois modifications proposées sont pourtant notables :

1) Le terme « convention » a vocation à disparaître du dispositif légal. L'on a l'habitude d'enseigner et donc d'apprendre au cours des études juridiques que le contrat est une convention, mais que toutes les conventions ne sont pas des contrats. Désormais, une telle observation sera superfétatoire : le Code civil n'envisagera plus que le contrat. Est-ce dire que le contrat n'est plus une convention ? Rien n'est moins sûr, mais cette qualification ne sera plus opérante juridiquement. De plus, l'on peut s'interroger sur le silence observé concernant les conventions : comme auparavant, les conventions qui ne sont pas des contrats, tels les « *gentlemen's agreement* » ou les actes de complaisance et d'assistance, ne feront l'objet d'aucun traitement propre.

2) Le contrat n'est plus défini au regard de la nature des obligations susceptibles d'être convenues par les parties. Le propre des contrats était jusqu'à présent de caractériser le contrat

au regard de l'objet et de la nature des obligations contractuelles spécifiques que sont les engagements de donner, de faire et de ne pas faire. Cette distinction n'est plus présente dans le texte nouveau. Doit-on en conclure qu'elle ne sera plus pertinente à l'avenir ? L'affirmation serait hasardeuse d'autant que le projet de réforme ne prévoit pas la réécriture de l'article 1126 du Code civil qui dispose que « *Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire* ».

3) La définition précise implicitement que le contrat est un acte juridique. Il y a même une assimilation étonnante entre ces deux notions. La définition proposée par ce nouvel article 1101 du Code civil reprend fidèlement celle des actes juridiques. Au vrai, l'assimilation sinon la confusion ne sont guère dérangeantes, cependant le projet de réforme prive la définition du contrat d'une partie essentielle de sa substance, au point de la rendre artificielle, voire inutile.

### B/La distinction entre les contrats de gré à gré et les contrats d'adhésion

**Le projet de réforme consacre la distinction entre les contrats de gré à gré et les contrats d'adhésion, opérant par là même une modernisation de la classification des contrats.** Il était évident, pour le rédacteur du Code civil, que le contenu du contrat devait être, en principe, librement déterminé par les parties. Autrement dit, le contrat de gré à gré était une évidence en 1804, ce qui explique logiquement l'absence d'une définition propre du contrat de gré à gré dans la classification des contrats telle que prévue aux articles 1102 à 1107 du Code civil. L'évolution de la société et des contrats d'affaires et de consommation a conduit la doctrine à constater l'émergence de contrats rapidement qualifiés d'adhésion. C'est ainsi que Saleilles notait, en 1901, qu'« *Il y a de prétendus contrats qui n'ont de contrat que le nom ; il y a prédominance exclusive d'une seule volonté qui dicte sa loi à une collectivité indéterminée et qui s'engage par avance unilatéralement, sauf adhésion, de ceux qui voudraient accepter la loi du contrat* » (Saleilles, *De la déclaration de volonté*, 1901, p. 229). Les contrats d'adhésion n'en sont pas moins valables que le contenu du

contrat soit dicté par une seule partie. Contrat de gré à gré et contrat d'adhésion trouvent désormais une définition dans le Code civil, puisque le projet de réforme prévoit que « *Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l'une des parties* » (article 8 du projet de réforme du droit des contrats).

L'on constate également que le projet de réforme consacre également la distinction traditionnellement admise entre les contrats consensuel, solennel et réel (article 7 du projet de réforme du droit des contrats).

### C/L'encadrement de la période précontractuelle

**La période précontractuelle se trouve davantage encadrée par la réforme projetée.**

Une autre réalité est prise en compte par les rédacteurs du projet : à l'opposé des contrats d'adhésion, l'on trouve depuis fort longtemps des contrats dont la formation s'élabore progressivement au travers de négociations parfois longues et laborieuses. C'est alors le jeu de la mise en concurrence. Le Code civil était jusqu'alors silencieux sur le droit applicable lors de la phase de négociation précontractuelle.

Dans un premier temps, le projet de réforme propose de poser des principes directeurs du droit des contrats. D'une part, la liberté contractuelle entre dans le Code civil (article 2). En l'état, il semble que son énoncé soit envisagé à l'alinéa 2 de l'article 6. Le projet propose de viser spécifiquement les quatre composantes de la liberté contractuelle : le droit de contracter, le droit de ne pas contracter, le droit de choisir son cocontractant et la libre détermination du contenu de la convention. La pertinence d'une telle entrée de la liberté contractuelle dans le Code civil peut être discutée dès lors que l'on sait que le Conseil constitutionnel vient de reconnaître à ce principe une valeur constitutionnelle autonome (Déc. Cons. Constit, 13 juin 2013, n° 2013-672 DC). D'autre part, l'article 3 du projet de réforme du droit des contrats érige au rang de principe fondamental du droit des contrats, l'obligation de bonne foi. Jusqu'à présent visé à l'article 1134 alinéa 3 du

Code civil selon lequel « *Elles [les conventions] doivent être exécutées de bonne foi* », l'obligation de bonne foi avait été élevée au rang de principe régissant également la période précontractuelle par une jurisprudence clairement établie (pour une application récente et importante, Com. 18 janvier 2011). Le projet de réforme consacre cette extension prétorienne puisqu'il prévoit que « *Les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi* ».

Dans un second temps, la question de la rencontre de l'offre et de l'acceptation est également précisée et trouve des réponses précises en certaines hypothèses connues du juge. D'un côté, le projet consacre la jurisprudence relative à l'acceptation silencieuse, initiée par l'arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 25 mai 1870 et de jurisprudence constante (par ex. Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 mai 2005). En effet, l'article 21 du projet prévoit que « *Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières* ».

De l'autre, relativement aux contrats entre absents, le projet de réforme propose de consacrer la théorie de la réception (l'article 22 est ainsi rédigé : « *Le contrat est parfait dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé conclu au lieu où l'acceptation est parvenue* »). Or, sur ce point, le projet prend le contrepied de la jurisprudence qui se veut moins dogmatique que la loi. Selon le juge, il convient pour déterminer le moment et le lieu de la formation du contrat de d'abord se référer à la volonté des parties. Si elles n'en ont pas exprimé, l'arbitrage entre les théories de l'émission et de la réception peut se faire en fonction d'usages et/ou de pratiques particulières. Ce n'est qu'à défaut que le juge considérerait que la théorie de l'émission devait s'appliquer (Com. 7 janvier 1981). Déjà, le projet de la Chancellerie de 2008 envisageait une inversion de polarité de la solution, mais prévoyait la possibilité pour les parties de stipuler le contraire et donc d'opter conventionnellement pour la théorie de la réception. L'option semble avoir disparu dans le projet qui sera soumis au Parlement.

**D/Les avant-contrats**

**Le projet de réforme fait de certains avant-contrats des contrats nommés dans le Code civil.** Si la promesse synallagmatique de vente fait l'objet de dispositions particulières dans le Code civil (article 1589 du Code civil), tel n'est pas le cas de la promesse unilatérale de contracter (sauf en matière de vente immobilière) ou du pacte de préférence. Les avant-contrats sont des inventions de la pratique et, de manière générale, sont demeurés des contrats ignorés du droit commun des contrats. Mais leur importance et leur utilité en pratique ont conduit le juge à s'en saisir. Le projet de réforme ambitionne de les définir (articles 24 et 25 du projet de réforme du droit des contrats). Si ces définitions demeurent fidèles à la conception prétorienne de ces avant-contrats, l'on ne manque pas de remarquer qu'au titre de leur régime et notamment des sanctions de leur inexécution, le projet se démarque des solutions jurisprudentielles.

Concernant la promesse unilatérale de vente, il est établi, en jurisprudence, que la sanction de la rétractation anticipée fautive du promettant pendant le délai d'option du bénéficiaire est l'allocation de dommages-intérêts à ce dernier. Longtemps, la solution est restée portée par le fondement de l'article 1142 du Code civil (Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 décembre 1993, *Consorts Cruz*). L'impossible exécution forcée est aujourd'hui justifiée par la Cour de cassation sur le fondement des articles 1101 et 1134 du Code civil, les hauts conseillers considérant que la rétractation de son consentement par le promettant a empêché la rencontre des volontés et donc interdit de dire le contrat formé (Civ. 3<sup>ème</sup>, 11 mai 2011). Ces solutions ont été régulièrement et sévèrement critiquées par la doctrine qui considère que la faiblesse de la sanction prive l'engagement du promettant et, plus généralement, la promesse de leur obligatorité. La doctrine semble avoir été entendue – ce qui n'est pas étonnant lorsque l'on se rappelle la genèse du projet – puisque le projet prévoit que la révocation de la promesse par le promettant n'empêche pas la formation du contrat (article 24).

Concernant le pacte de préférence, il est acquis, depuis un arrêt de la Cour de cassation de 2006, que le non-respect par le promettant de son

obligation de proposer son bien à la vente au bénéficiaire du pacte est sanctionné par la nullité de la vente réalisée au profit d'un tiers et par la substitution du bénéficiaire au tiers, lorsque deux conditions sont réunies : la connaissance par le tiers du pacte et la connaissance par le tiers de la volonté du bénéficiaire de s'en prévaloir (Ch. mixte, 26 mai 2006). Cet arrêt avait alors contribué à renforcer la force de l'engagement de préférence, en prévoyant une double sanction de la fraude : classiquement, la nullité ; de manière originale, la substitution. Le projet de réforme du droit des contrats reprend également ce modèle de la double sanction, mais ne les soumet plus qu'à la caractérisation d'une unique condition : la connaissance par le tiers du pacte (article 25).

**II/LA VALIDITÉ DU CONTRAT**

Le contrat pour être valable doit remplir trois conditions (article 35 projet de réforme) : le consentement, la capacité des parties à contracter et un contenu licite et certain. Alors que le projet de réforme ne fait que reprendre les règles jurisprudentielles en matière de consentement (A), il fait, en apparence, œuvre créatrice en matière de contenu licite et certain (B).

**A/La reprise des règles jurisprudentielles en matière de consentement**

L'article 38 du projet de réforme reprend les trois vices classiques du consentement : erreur, dol et violence.

Alors que le dol et la violence sont définis au sein de l'avant-projet, l'erreur n'a pas fait l'objet de la même attention. En ce domaine, le projet de réforme n'a fait que reprendre les règles dégagées par la jurisprudence. L'article 39 introduit l'erreur de droit, qui est aujourd'hui unanimement admise comme cause de nullité au même titre et dans les mêmes conditions que l'erreur de fait (Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 1975). Dans le même esprit, cet article précise que l'erreur ne peut en principe fonder l'annulation qu'à la condition d'être jugée excusable (Com. 18 juill. 1956). Est également reprise la jurisprudence Fragonard (Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 mars 1987), qui affirme qu'en cas d'acceptation, lors de la conclusion

d'un contrat, d'un aléa sur les qualités substantielles, l'erreur ne peut ultérieurement être invoquée (article 40). De même sont toujours des erreurs indifférentes, l'erreur sur les motifs qui porte sur une circonstance psychologique extérieure aux éléments constitutifs du contrat (article 42). L'erreur est à nouveau concevable lorsque les motifs erronés sont entrés dans le champ contractuel, c'est-à-dire lorsqu'il était convenu entre les deux parties que sans cette considération le contrat ne se serait pas formé (Civ. 3<sup>ème</sup>, 24 avril 2003 – article 42). Également, est toujours exclue l'erreur sur la valeur (Req., 17 mai 1832 – article 43). Enfin, l'erreur sur les qualités essentielles du contractant ne peut emporter la nullité du contrat que dans les contrats conclus intuitus personae (article 41).

Toutefois, un changement terminologique doit être relevé. En effet, alors qu'actuellement « *l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet* » (article 1110 C. civ.), le projet de réforme préfère la formulation suivante : « *les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du contractant* ». L'article 40 définit les qualités essentielles de la prestation due comme « *celles qui ont été expressément ou tacitement convenues en considération desquelles les parties ont contracté* ». La jurisprudence assimilait déjà la substance de la chose à la substance de la prestation (Com., 14 janvier 1969) ou de l'engagement (Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mai 1964), ou « *la condition substantielle du contrat* » (Soc. 7 juillet 1980). En outre, l'erreur sur la substance s'entend d'une erreur sur les qualités substantielles (civ., 27 juin 1867), c'est-à-dire sur les qualités tenues pour essentielles par les parties selon la nouvelle terminologie.

L'article 44 de l'avant-projet définit le dol comme « *le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres, des mensonges ou par la dissimulation intentionnelle d'une information qu'il devait lui fournir conformément à la loi* ». Ainsi est consacrée la réticence dolosive (Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 janvier 1971), qui doit être intentionnelle (Com. 28 juin 2005). Dès lors, la sanction est exclue toutes les fois qu'il n'est pas établi que le contractant a agi dans l'intention de tromper (exclusion du

mouvement prétorien d'objectivisation du dol). Cependant, il sera possible d'engager la responsabilité extracontractuelle du contractant en cas de manquement à l'obligation générale d'information prévue à l'article 37 du projet de réforme. L'article 45 dudit projet précise que le dol peut émaner d'autres personnes que le contractant (Civ. 3<sup>e</sup>, 29 avril 1998 : dol du représentant – Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 juillet 1996 : dol du tiers). En outre, le dol rend toujours excusable l'erreur provoquée (article 46 – Civ. 3<sup>ème</sup>, 21 février 2001). À la différence de l'erreur spontanée, l'erreur provoquée par le dol est de nature à entraîner l'annulation, quel que soit l'objet sur lequel elle porte (article 46 – Civ. 3<sup>ème</sup>, 2 octobre 1974). Par suite, le dol peut être sanctionné alors même qu'il n'a entraîné qu'une erreur sur la valeur (article 46 – CA Paris, 22 janvier 1953) ou sur un simple motif (article 46 – Com., 26 novembre 2003). En revanche, l'avant-projet ne précise pas si le dol peut émaner de l'acheteur (Arrêt Baldus, Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mai 2000).

La violence est définie à l'article 47 : « *il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable* ». L'article suivant indique que la menace d'une voie de droit ne peut pas constituer un vice de violence (Req. 17 novembre 1925), tout en reprenant la limite de son usage abusif (Com. 28 avril 1953). Surtout, l'article 50 introduit dans le Code l'abus de faiblesse : « *il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance ...* ». La jurisprudence avait déjà considéré que lorsque la menace dérive de circonstances extérieures plaçant le contractant dans une sorte d'état de nécessité, la violence se trouve constituée dès lors que son cocontractant exploite cet état pour conclure (Req. 27 avril 1887). Puis la Cour de cassation avait précisé sa position, en apportant des limites. Pour la Haute juridiction, seule « *l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne peut vicier de violence le consentement* » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 avril 2002).

### C/Le contenu du contrat

Dans le cadre du contrat, le premier article de la section 3 relatif au contenu du contrat ne manquera pas de susciter les commentaires. En effet, l'article 1131 actuel du Code civil, relatif à la cause, est remplacé par la formule suivante : « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par son contenu, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ». Au-delà de la suppression de la cause, il convient également de constater la disparition des bonnes mœurs aussi bien de l'article 35 du projet de réforme que de l'article 6 (article 6 C. civ.). La réforme sonne donc le glas des bonnes mœurs au profit de l'ordre public (article 69) et des droits et libertés fondamentaux (article 6 pour l'alinéa 2). Cette suppression n'est pas surprenante depuis que la Cour de cassation a admis la licéité d'une libéralité faite à la concubine (Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 février 1999). Malgré les critiques doctrinales, la Cour de cassation, loin d'infirmer sa solution, l'a confirmée et étendue par une décision rendue en Assemblée Plénière le 29 octobre 2004. Elle affirme que « *n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère* ». Reste que la moralité et donc implicitement les bonnes mœurs demeure une composante de l'ordre public.

En dépit de la suppression de la notion de cause, le projet de réforme maintient ses fonctions correctrices et régulatrices, du moins certaines. Premièrement, l'article 75 dispose qu'« *un contrat à titre onéreux est nul lorsque, lors de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* ». Selon, la jurisprudence, il y a absence de cause lorsque, dans un contrat synallagmatique, la contrepartie attendue par l'un des contractants fait totalement défaut. Dans un tel contrat, la cause de l'obligation de chacune des parties réside dans l'obligation de l'autre : l'obligation perd donc sa cause lorsque la contrepartie est absente (Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 février 1990). Parfois la contrepartie apparaît tellement dérisoire que l'on est conduit à prononcer l'annulation du contrat pour défaut de cause. Cette acception de la cause a toujours été admise dans les contrats de vente qui ne renferment pas un prix réel et sérieux (Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 octobre 1981). Les

magistrats ont élargi les cirières d'appréciation de la cause afin de considérer l'économie globale de la convention voulue par les parties. Ainsi a été annulé pour défaut de cause, un contrat de location de cassettes vidéo, dès lors que son exécution « *selon l'économie voulue par les parties était impossible* » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 juillet 1996). Deuxièmement, l'article 76 qui dispose que « *toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* » fait directement référence à la jurisprudence Chronopost. En effet, il a été jugé, dans un contrat de transport de marchandises, que doit être réputée non écrite la clause limitative de responsabilité qui contredit la portée de l'obligation essentielle contractée par un spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service (Com. 22 octobre 1996).

En revanche, n'a pas été reprise l'utilisation de la cause au sein d'un ensemble contractuel que ce soit pour valider un contrat qui trouve sa cause dans le ou les autres contrats de l'ensemble (Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 juin 2006), soit pour frapper de caducité un contrat qui perd sa cause par suite de l'annulation, la résolution ou la résiliation d'un autre contrat avec lequel il était indivisiblement lié (Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 octobre 2010). Également, on ne retrouve pas dans l'avant projet, la jurisprudence Soffimat, du 29 juin 2010, qui affirmait que le changement de circonstances pendant l'exécution du contrat qui prive de cause l'engagement d'un des contractants emporte la caducité de ce contrat pour imprévision.

En ce qui concerne l'objet et plus particulièrement la détermination unilatérale du prix, cette dernière a fait l'objet d'une modification conséquente. En effet, depuis 1995 la Cour de cassation affirme que l'article 1129 n'est pas applicable à la détermination du prix. Ainsi, sauf disposition particulière, l'indétermination du prix ne constitue plus une cause de nullité du contrat (Ass. Plén. 1<sup>er</sup> décembre 1995). Dès lors, la jurisprudence permet à l'une des parties de fixer unilatéralement le prix. L'article 71 de l'avant-projet réduit sensiblement le domaine de la jurisprudence de 1995, puisque la fixation unilatérale du prix ne peut s'appliquer que pour les contrats-cadres et les contrats à exécution

successive. De surcroît, la partie qui détermine le prix devra justifier le montant en cas de contestation. Surtout, le juge dispose d'un pouvoir de révision du prix en cas d'abus dans la détermination. Actuellement, la sanction consiste en la résiliation du contrat (sans rétroactivité) ou à l'attribution de dommages et intérêts.

Enfin, l'article 77 du projet de réforme introduit, en droit commun, la notion de clause abusive, directement inspirée du droit spécial de la consommation : « *une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ». Une telle clause peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée. Le juge aura dès lors un pouvoir important d'appréciation en ce domaine qui devra rechercher un équilibre au risque d'une incertitude juridique importante notamment en droit des affaires.

On peut déjà tirer quelques conclusions, du moins au stade de la formation du contrat : le projet de réforme ne bouleverse pas la matière. Pour l'essentiel, il ne fait que graver dans le Code civil les règles jurisprudentielles. Toutefois, la disparition de certaines notions peut interpeler : les bonnes mœurs, la convention et le terme substance. Il en va de même des options prises par le législateur lorsqu'il contrarie certaines positions prétoriennes (avant-contrat, appréciation du dol, cause). Est-ce en raison d'une réelle influence doctrinale ? Est-ce seulement pertinent du point de vue de la pratique ? Est-ce cohérent avec l'ambition d'une plus grande justice contractuelle ?

## Le commentaire d'arrêt

### Prolonger dans l'urgence ?

**Ordonnance du Conseil d'État du 14 février 2014, Mme P..., U... et autres, n°375080, 375090 et 375091**

Euthanasie... Le mot tiré du grec signifie « bonne mort » et a été utilisé pour la première fois dans son acception actuelle par l'anglais Francis Bacon en 1605. La loi n°2005-370 dite « *loi Leonetti* » du 22 avril 2005 s'est prononcée sur l'euthanasie passive ; c'est-à-dire l'arrêt des soins afin d'éviter un acharnement thérapeutique ; malgré les revendications grandissantes dans le sens de l'euthanasie active constituée par une action létale.

L'affaire Vincent Lambert, sur laquelle le Conseil d'État s'est prononcée en référé le 13 février 2014, reste « exceptionnelle » selon le rapporteur public Rémy Keller. Outre les importantes questions éthiques qu'elle pose à la Haute assemblée administrative, c'est la première fois que le Conseil d'État aura à trancher la question de l'euthanasie passive.

L'espèce se focalise sur une victime d'un accident de la circulation ayant subi un grave traumatisme crânien. Celle-ci est hospitalisée dans un service spécialisé pour les patients en état pauci-relationnel. Il s'agit d'un état de conscience minimale se distinguant du coma et de l'état végétatif. Cet état présente des réactions comportementales minimales mais précises, lesquelles semblent témoigner de la conscience que le patient a de lui-même ou de l'environnement. On, constate également une interaction significative avec l'environnement. Il est de plus hospitalisé à Reims, où, « *en raison de son état de tétraplégie et de complète dépendance, il est pris en charge pour tous les actes de la vie quotidienne et est alimenté et hydraté de façon artificielle par voie entérale* ». Eu égard à son état de conscience minimale, il a été tenté d'établir des moyens de communication avec le patient demeurés sans

succès si ce n'est que des éléments

partiels interprétés par les médecins comme une opposition aux soins.

Compte tenu de l'absence d'évolution neurologique et de cette dernière interprétation, le médecin responsable du service a engagé la procédure collégiale de l'article R. 4127-37 du Code de la santé publique permettant d'apprécier si la poursuite des soins constituait une obstination déraisonnable au sens de l'article L. 1110-5 du même code. Le médecin a entrepris d'arrêter l'alimentation artificielle et de diminuer l'hydratation. Cette décision a fait l'objet d'un recours en référé de la part des collatéraux du patient devant le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne qui, par une ordonnance du 11 avril 2013, a ordonné de rétablir l'alimentation et l'hydratation du patient. L'annulation de la décision du médecin était fondée sur l'absence de personne de confiance désignée par le patient ou de directives anticipées et l'information restreinte donnée par les médecins à la seule épouse du patient.

La question posée à l'assemblée du contentieux du Conseil d'État a porté sur le conflit au sein de la famille du patient résultant d'une mesure de fin de vie et de la possibilité d'invoquer le droit d'interrompre les soins lorsque ceux-ci constituent une obstination déraisonnable comme liberté fondamentale justifiant le recours à un référé-liberté.

La délicatesse du débat a abouti à la demande par la Haute assemblée d'une expertise médicale supplémentaire dans les deux mois de sa décision avant de statuer définitivement sur le cas du patient. Le Conseil d'État affirmera la conciliation entre deux libertés fondamentales en marquant leur autonomie au sens du référé

Laurent MALKA  
Enseignant de Droit public  
[Laurent.malka@prepa-isp.fr](mailto:Laurent.malka@prepa-isp.fr)

liberté (I), pour faire une application stricte de la loi relative au droit des malades et à la fin de vie (II)

**I/La conciliation de deux libertés fondamentales au sens de l'article L.521-2 du Code de justice administrative**

L'Assemblée du contentieux opère un contrôle de proportionnalité entre deux libertés fondamentales issues de la loi. En s'affranchissant d'un visa constitutionnel ou même conventionnel, elle affirme la qualité de liberté fondamentale du respect de la vie (A) et du droit de consentir à l'arrêt d'un traitement résultant d'une obstination déraisonnable (B).

**A/Le respect du droit à la vie, liberté fondamentale dans un référé-liberté**

Le Conseil d'État a décidé qu'il appartenait au juge du référé-liberté de concilier les libertés fondamentales que sont le droit à la vie et celui de ne pas subir un traitement traduisant une obstination déraisonnable. Cette conciliation implique qu'il s'assure, en étant suffisamment éclairé sur la situation médicale du patient, de ce que la décision médicale d'interrompre le traitement relevait bien des hypothèses prévues par la loi. La méthode de conciliation opérée ici est bien connue des juges des libertés et de la proportionnalité. Une liberté fondamentale ? C'est bien ce que relève l'Assemblée du contentieux.

Concernant le droit à la vie, le Conseil d'État dispose de fondements pléthoriques dans le droit international justifiant une liberté fondamentale. Notons que le juge affirme l'autonomie des juridictions administratives dans l'édition d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. En effet, alors que le droit à la vie est largement consacré à l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et se retrouve dans de nombreux autres textes internationaux, le juge administratif ne l'énonce à aucun moment dans son visa. Cette lacune n'est qu'apparente. À l'origine du recours en référé-liberté, le juge se fondait sur une liberté constitutionnellement garantie notamment pour consacrer une liberté fondamentale (CE, Sect.,

18 janvier 2001, *Commune de Venelles c. M. Morbelli*, Rec. Lebon, p. 18), mais également sur les sources internationales (CE, 3 mai 2005, *Confédération française des travailleurs chrétiens (CFTC)*, Req. n°279999). Ce n'est qu'implicitement que le juge de l'urgence y fera référence par la suite.

**B/La qualification d'une liberté fondamentale nouvelle par le juge des référés**

Concernant le droit du patient de consentir à un traitement médical et de ne pas subir un traitement qui serait le résultat d'une obstination déraisonnable, le Conseil d'État fait œuvre ici d'une interprétation prétorienne. La valeur fondamentale en cause découle directement d'un principe jurisprudentiel repris dans le Code de la santé publique par la loi « Kouchner » du 4 mars 2002. Le droit de consentir à un traitement médical découle, selon le Conseil d'État du principe même du respect de la dignité de la personne humaine (CE, 16 août 2002, *Feuillatey*). Il en résulte qu'une injonction de soins peut être prononcée lorsque ceux-ci sont indispensables à la survie du patient et qu'ils sont proportionnés à l'état du patient.

Le principe de consentement aux soins de l'article L. 1111-4 et son pendant, le droit de ne pas subir un traitement qui serait le résultat d'une obstination déraisonnable de l'article L. 1110- 5 du Code de la santé publique sont directement issus de la loi. Malgré cette valeur législative, le Conseil d'État va dégager leur caractère fondamental. En réalité, le caractère fondamental se distingue de la notion classique de « droits et libertés fondamentaux ». La liberté fondamentale au sens du référé-liberté est une notion autonome qui implique un principe s'imposant au juge et que le législateur a entendu donner une valeur particulièrement importante (Voir pour exemple ; CE, Ord., 10 février 2012, *Karamoko F c. ministre de la Solidarité et de la cohésion* ; la formation en référé du Conseil d'État reconnaît le droit à l'hébergement d'urgence issu de la loi du 25 mars 2009 comme une liberté fondamentale au sens du référé-liberté).

L'atteinte irréversible au droit à la vie qu'emporte le droit d'interrompre les soins en cas d'obstination déraisonnable invite le juge de l'urgence à la pondération en cas de doute et

doit lui permettre d'« effectuer les mesures conservatoires nécessaires pour faire obstacle à son exécution lorsque cette décision pourrait ne pas relever des hypothèses prévues par la loi... ». La prudence impose donc au juge de suspendre l'interruption de l'alimentation en l'espèce et, le cas échéant de demander une expertise supplémentaire.

### II/L'inscription de la décision dans le cadre de la loi du 22 avril 2005

La décision concernant Vincent Lambert pose la question délicate de l'appréciation du consentement d'un patient dans l'impossibilité de l'exprimer et n'ayant pas au préalable désigné de personnes de confiance ni exprimé de directives anticipées. Pourtant, c'est une stricte application de la loi du 22 avril 2005 qu'opère le Conseil d'État (A), laissant quelques difficultés d'appréciation sur sa portée (B).

#### A/La limitation législative imposée au juge en cas d'impossibilité d'exprimer sa volonté

En premier lieu, le Conseil d'État s'est prononcé sur la qualification de soins constitués par l'hydratation et l'alimentation du patient. Cette qualification préalable est indispensable pour déterminer le champ d'application ou non de la loi du 22 avril 2005. Selon le Conseil d'État, « ces dispositions sont de portée générale et sont applicables à l'égard de M. Lambert comme à l'égard de tous les usagers du système de santé ».

En second lieu, le Code de la santé publique met en œuvre l'expression du consentement permettant l'arrêt des soins dans deux hypothèses. La première est celle de la possibilité pour le patient d'exprimer sa volonté de consentir à l'interruption des soins. Dans ce cas, après que le médecin l'ait convaincu d'accepter les soins indispensables, le patient doit réitérer sa demande. La seconde hypothèse prévue à l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique prévoit que « lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté ». Il est à noter que la

disposition semble créer une chaîne alternative de personnes à consulter. En l'espèce, l'épouse du patient a été consultée et les requérants semblent pourtant contester la régularité de la procédure collégiale d'interruption des soins. Cette contestation est toutefois recevable puisque l'intérêt à agir est ici constitué mais laisse des doutes sur la rédaction même de la loi de 2005. L'alternative suggérée n'offre pas de garanties suffisantes aux personnes ayant un tel intérêt. Enfin, pour les personnes prévoyantes, l'impossibilité d'exprimer le consentement pendant la maladie peut être contournée par la désignation préalable et révocable à tout moment d'une personne de confiance, ou par la rédaction de directives anticipées. L'espèce se situe en dehors des cas d'expression du consentement antérieure ou postérieure à la maladie. Le conflit entre les membres de la famille porte sur l'existence ou non de ce consentement et la contestation des conclusions du collège d'experts. Il revient donc au juge administratif de se prononcer dans un domaine où sa compétence ne semble pas suffisante et le mette dans une situation de malaise.

#### B/Les risques éthiques d'une législation a minima

Les lacunes de la loi du 22 avril 2005 se manifestent avec force dans cette décision. Les garanties posées par l'article R. 4127-37 du Code de la santé publique semblent insuffisantes pour déterminer l'obstination déraisonnable. En effet, le Code prévoit une procédure collégiale instiguée par le médecin traitant devant aboutir à l'interruption des soins. En l'absence de directives anticipées ou de la désignation d'une personne de confiance, c'est au médecin en charge de solliciter cette procédure collégiale devant aboutir à l'arrêt des soins. La demande d'expertise emporte deux inconvénients majeurs dans une telle procédure.

D'une part, cette procédure devant aboutir à une solution fatale pour le patient est remise en cause par la demande d'expertise formulée par le Conseil d'État. Il s'agit d'une formation collégiale d'experts renforcée comprenant trois médecins devant rendre leur décision dans les deux mois. Cette nouvelle expertise est susceptible de remettre en cause la décision d'arrêt des soins des premiers médecins rendant

ainsi contingente la décision initiale. Le système établi par la loi du 22 avril 2004 souffre mal d'une telle remise en question de l'expertise. Le Conseil d'État a également invité l'Académie nationale de médecine, le Comité consultatif national d'éthique, le Conseil national de l'ordre des médecins ainsi que M. Jean Leonetti à présenter des observations écrites. Cette sollicitation parallèle étend le débat au-delà de la casuistique sur laquelle le Conseil d'État doit se prononcer.

D'autre part, le délai d'expertise de deux mois prolonge d'autant des souffrances inutiles que le patient pourrait endurer. Cela remet en cause le caractère urgent de la procédure de référé. L'incongruité de la décision est finalement soulignée en creux par Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, qui souligne le caractère exceptionnel de cette expertise dans une procédure d'urgence. Toutefois, compte tenu de l'inexorabilité de la décision, la mesure provisoire pour faire cesser le trouble ou l'atteinte à la liberté fondamentale est susceptible d'être une décision rendue au fond.

## L'actualité

### Droit des obligations

Jacob BERREBI

Enseignant de Droit privé

**Civ. 2<sup>ème</sup>, 16 janvier 2014, n° 13-10.088**

Les accidents du fait de la circulation font l'objet d'un régime spécifique de responsabilité qui figure encore hors code, prévu par la loi du 5 juillet 1985, dite loi Badinter. Lorsque quatre conditions sont réunies – un véhicule terrestre à moteur, un fait de circulation, une implication dudit véhicule dans l'accident, l'imputabilité du dommage à l'accident – la loi de 1985 s'applique à l'exclusion de tout autre régime de responsabilité. La personne responsable est alors le conducteur.

En l'espèce, un accident se produit entre deux véhicules automobiles. Le passager de l'un des véhicules est victime de dommages corporels. Il assigne en réparation le conducteur de l'autre véhicule. Les juges du fond le déboutent de ses demandes, constatations faites, que la victime était le père du conducteur du véhicule dans laquelle il se trouvait, que son fils n'était pas titulaire du permis de conduire, qu'il avait laissé son fils conduire le véhicule, que l'un comme l'autre était dans un état d'ébriété avancé et que son fils était à l'origine de l'accident après avoir commis un refus de priorité. L'ensemble de ces éléments a conduit la cour d'appel à caractériser une faute inexcusable de la victime et donc à lui refuser l'indemnisation demandée.

Ainsi, le débat judiciaire se cristallisait non autour des conditions d'application de la loi du 5 juillet 1985, mais quant à son régime. Précisément, la Cour de cassation est alors saisie de la signification et de l'appréciation de la notion de faute inexcusable visée à l'article 3 de la loi de 1985 aux termes duquel : « *Les victimes, hormis les conducteurs de véhicules terrestres à moteur, sont indemnisées des dommages résultant des atteintes à leur personne qu'elles ont subies, sans que puisse leur être opposée leur propre faute à l'exception de leur faute*

*inexcusable si elle a été la cause exclusive de l'accident* ».

Lorsque l'on connaît la conception restrictive de la faute inexcusable adoptée par la Cour de cassation, l'arrêt d'appel était promis à la censure malgré la gravité des faits reprochés à la victime. C'est ainsi que la Haute juridiction de l'ordre judiciaire casse la décision d'appel considérant qu'« *En statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le conducteur du véhicule à bord duquel était transporté le passager, n'était pas titulaire du permis de conduire, se trouvait sous l'empire d'un état alcoolique et avait commis un refus de priorité, ce dont il résultait que la faute de la victime n'avait pas été la cause exclusive de l'accident, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé l'article 3 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985* ». Autrement dit, si la faute de la victime est évidente, elle ne présente pas les traits d'une faute inexcusable, de sorte que la responsabilité de l'autre conducteur demeurerait engagée pour partie au moins. La solution est logique dès lors que la faute inexcusable se définit comme « *la faute volontaire, d'une exceptionnelle gravité, exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience* » (Ass. plén. 10 novembre 1995). Les occasions sont donc rares pour les juges d'écarter la responsabilité d'un conducteur en raison de la faute de la victime. Néanmoins, la Haute juridiction a récemment retenu la faute inexcusable dès lors que « *les lésions constatées par le médecin légiste établissent avec certitude que la victime n'a pas été percutée debout mais bien étendue sur le sol ; que le fait de s'allonger, de nuit, en état d'ébriété, au milieu d'une voie de circulation fréquentée et dépourvue d'éclairage public, constitue indubitablement une faute volontaire d'une exceptionnelle gravité ; que la conjugaison de l'obscurité et de la position couchée du piéton rendait sa présence totalement imprévisible et irrésistible* » (Civ. 2<sup>ème</sup>, 28 mars 2013).

**Droit de la Famille**  
**Franck TOURET**  
**Enseignant de Droit privé**

**1. La communauté de vie à l'épreuve de l'éloignement géographique**

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 février 2014, n°13-13873**

La communauté de vie des époux n'est pas incompatible avec l'éloignement géographique des époux pour raisons professionnelles.

L'épouse, de nationalité étrangère, s'est mariée le 5 mars 2005 avec une personne de nationalité française. Or, le 12 juin 2009, l'épouse a souscrit une déclaration de nationalité française sur le fondement de l'article 21-2 du Code civil, en sa qualité de conjoint d'un ressortissant français. La demande a été rejetée en 2009 au motif que la preuve de la communauté de vie tant matérielle qu'affective des époux n'était pas établie. En effet, l'époux habitait la Creuse et l'épouse en région parisienne pour des raisons professionnelles. Ainsi, pour constater l'extranéité de l'épouse, la cour d'appel considère que « *les époux n'ont plus habité ensemble depuis le 24 avril 2006, date de prise de fonctions de la femme en région parisienne, le mari restant vivre dans la Creuse, que les époux ont choisi de vivre séparés la plupart du temps et ont accepté ce mode de vie résultant selon eux de l'impossibilité de trouver un travail à proximité, mais que cette pratique ne correspond pas à la communauté de vie "tant affective que matérielle" et ininterrompue exigée par la loi, distincte de la seule obligation mutuelle du mariage* ». La Cour de cassation cassa l'arrêt d'appel en considérant que « *pour des motifs d'ordre professionnel, les époux peuvent avoir un domicile distinct, sans qu'il soit pour autant porté atteinte à la communauté de vie* ».

L'article 215, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, réformé par la loi n° 70-459 du 4 juin 1970, énonce que « *les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie* ». Si la communauté de vie suppose *a priori* une habitation commune, elle ne se résume pas à cette simple cohabitation. En effet, les époux peuvent avoir une communauté de vie qu'ils auront aménagée sans pour autant résider ensemble. Cette communauté de vie

sans cohabitation demeure rare et est souvent motivée par des contraintes professionnelles qui obligent les époux à résider séparément, de façon temporaire, mais parfois durablement. Cependant, comme l'élément matériel de la cohabitation ne sous-tend plus l'élément intentionnel de la communauté de vie, il faut que celui-ci reçoive une certaine matérialisation. Concrètement, il s'agit de rencontres entre les conjoints, ne serait-ce que pour exécuter leur devoir conjugal, du maintien d'une correspondance affectueuse (Grenoble, 19 janv. 1983), où encore dans le cas d'époux qui avaient l'habitude de se retrouver en fin de semaine et pour les vacances (Nîmes, 9 juill. 1984). En l'espèce, lors de l'enquête diligentée l'épouse a déclaré rejoindre son mari dans la Creuse lors de vacances scolaires, longs week-end et congés et a montré les justificatifs de quinze voyages aller-retour.

**2. Les pères qui ne sont pas les pères...**

CEDH 18 février 2014, A.L. c. Pologne (requête n° 28609/08)

La CEDH devait se prononcer dans une affaire relative à une action en contestation de paternité. En 1995, un couple donne naissance à un enfant, puis décide de se marier dans les jours qui suivent. Toutefois, cinq ans plus tard, les époux divorcent et la garde de l'enfant est confiée à la mère. En 2007, les doutes de l'époux concernant sa paternité sont confirmés par un test ADN. Ne pouvant pas contester personnellement en justice sa paternité (expiration du délai pour contester la déclaration de reconnaissance), le procureur introduit une action en son nom. Dans un jugement rendu en juin 2007 et confirmé par la cour régionale en octobre 2008, le juge national rejeta la demande en contestation de paternité, au motif qu'y faire droit n'aurait pas été dans l'intérêt supérieur de l'enfant. La CEDH, dans un arrêt du 18 février 2014, conclut à une non-violation de l'article 8 de la Convention. En effet, la Cour rappelle que l'intérêt de l'enfant peut être supérieur à l'intérêt des parents. Cela démontre que la vérité biologique n'est pas exclusive d'autres considérations, notamment sociologiques, en droit de la filiation. Que le père sociologique qui n'est pas le père biologique demeure le père

juridique est un riche enseignement de cette décision.

CEDH 25 février 2014, Ostace c. Roumanie (requête n° 12547/06)

Toujours dans une affaire relative à la filiation et à l'expertise biologique, la CEDH, devait se prononcer sur l'impossibilité pour un ressortissant roumain de contester sa paternité au moyen d'une expertise biologique. À la suite de l'obtention d'une expertise biologique, indiquant que le père n'était pas le père biologique, il sollicite la révision d'un jugement intervenu en 1981. Les juridictions de première instance refusèrent cependant de prendre en compte ledit rapport d'expertise. L'appel et le pourvoi en recours furent rejetés par la cour d'appel de Cluj. En août 2005, la Haute Cour de cassation et de Justice renvoya l'affaire devant la cour d'appel de Cluj. En février 2006, cette dernière justifia le rejet du pourvoi. Invoquant l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale), le père se plaint alors de l'impossibilité d'obtenir la reconnaissance en justice du fait qu'il n'est pas le père, alors que l'expertise médico-légale de 2003 a exclu sa paternité. Invoquant l'article 6 § 1 (droit à un procès équitable dans un délai raisonnable), il se plaint également de la durée de la procédure tendant à la révision du jugement de 1981, ainsi que de son iniquité, au motif que, tant son appel que son pourvoi en recours, ont été examinés par la même juridiction, à savoir la cour d'appel de Cluj.

La Cour observe que le requérant n'a aucune possibilité de contester la déclaration judiciaire de sa paternité en vertu du droit interne applicable. La Cour est disposée à admettre que cette impossibilité de contestation peut s'expliquer par l'intérêt légitime de garantir la sécurité publique et la stabilité des liens familiaux et de protéger les intérêts de l'enfant. Cependant, elle estime qu'en déclarant irrecevable la demande de réouverture de la procédure en recherche de paternité de l'enfant, alors que tous les intéressés semblaient favorables à l'établissement de la vérité concernant la filiation, les autorités n'ont pas ménagé le juste équilibre entre les intérêts en présence. Par ailleurs, la Cour constate que selon le nouveau Code civil, l'action en recherche de paternité est imprescriptible tout au long de la

vie de l'enfant. Cette évolution du droit roumain étant intervenue après les faits en cause. Le système juridique interne n'ayant pas garanti comme il se devait le respect de la vie privée du requérant, il y a donc eu violation de l'article 8.

### 3. Le report (l'abandon ?) du projet de loi sur la famille.

Le 3 février 2014, le Premier ministre a annoncé que le projet de loi sur la famille, qui devait être présenté en Conseil des ministres au mois d'avril, ne sera finalement pas examiné en 2014. De plus, le projet de loi ne devrait pas contenir de dispositions visant à légaliser la gestation pour autrui et la procréation médicalement assistée pour les couples homosexuels. En effet, le Gouvernement devrait s'opposer à tout amendement parlementaire en ce sens.

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

#### Com. 4 février 2014, pourvoi n°13-13.386

Depuis plus d'une trentaine d'années, l'engagement de la responsabilité personnelle d'un dirigeant social à l'égard des tiers est subordonné à la preuve qu'il a commis une faute séparable (ou détachable) des fonctions. De jurisprudence constante, cette condition vaut dès lors que la société est dotée de la personnalité morale.

Celle-ci est caractérisée « lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales » (Com. 20 mai 2003, *Seusse*).

Dans la présente affaire, la Cour de cassation était interrogée sur le point de savoir si une telle condition devait être remplie pour engager la responsabilité du gérant d'une société en participation.

Rappelons que l'article 1871 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil dispose que « Les associés peuvent convenir que la société ne sera point immatriculée. La société est dite alors "société en participation". Elle n'est pas une personne morale et n'est pas

*soumise à publicité. Elle peut être prouvée par tous moyens* ». La société en participation n'est qu'un contrat et n'est donc pas une institution, au contraire des sociétés dotées de la personnalité morale.

C'est la raison pour laquelle, en l'espèce, la Haute juridiction décide que « *toute faute commise par le gérant d'une société en participation, laquelle est dépourvue de personnalité juridique, constitue une faute personnelle de nature à engager sa responsabilité à l'égard des tiers, peu important qu'elle soit ou non détachable de l'exercice du mandat qui a pu lui être donné par les autres associés* ». Autrement dit, il n'est pas nécessaire de démontrer une faute séparable des fonctions de la part du gérant de la société en participation pour engager sa responsabilité personnelle. La société en participation ne constitue pas un écran dont peut se prévaloir le dirigeant pour résister aux actions en responsabilité personnelle. La solution n'est pas nouvelle en jurisprudence, les hauts conseillers ayant déjà posé ce principe (Com. 6 mai 2008). La présente décision mérite néanmoins d'être soulignée dès lors qu'elle participe à rappeler le régime particulier qui est celui de la société en participation et la faible protection dont bénéficie le dirigeant d'une société non dotée de la personnalité juridique et qui, au final, se révèle être un simple mandataire.

**Droit Social**  
**Amandine SARFATI**  
**Enseignant de Droit privé**  
**Avocat à la cour**

### **1. L'appauvrissement des missions et des responsabilités du salarié : une modification du contrat de travail qui justifie la prise d'acte du salarié**

**Soc. 29 janvier 2014**

La jurisprudence des dix dernières années a été marquée par l'essor d'une rupture du contrat de travail pour juste motif à l'initiative du salarié, appelée prise d'acte et présentant pour ce dernier, l'intérêt d'ouvrir la voie à une possible indemnisation. Par plusieurs arrêts du 25 juin

2003, la Cour de cassation a jugé que « *lorsque le salarié prend acte de la rupture en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués le justifient, soit d'une démission dans le cas contraire* ». Elle précisait de manière constante que les manquements de l'employeur devaient être « *suffisamment graves* » pour que la prise d'acte produise les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Mais que faut-il entendre par « *manquements suffisamment graves* » ? C'est la Cour de cassation qui, au cas par cas, est venue préciser les hypothèses justifiant la prise d'acte parmi lesquelles figure la modification imposée du contrat de travail du salarié. En effet, depuis l'arrêt Raquin du 8 octobre 1987, il est de jurisprudence constante que le salarié dispose d'un droit de refus de la modification de son contrat de travail, qui ne peut intervenir sans le consentement exprès du salarié. À défaut, l'employeur qui imposerait une modification du contrat de travail commettrait un manquement grave justifiant la prise d'acte de ce dernier

En l'espèce, le salarié, employé d'une entreprise de courtage en assurance, était chargé de clientèle pour les professions du chiffre c'est-à-dire pour les experts comptables et les commissaires aux comptes. Or, après plusieurs années d'ancienneté, le Conseil de l'Ordre des experts comptables et des commissaires aux comptes a résilié les contrats d'assurance de groupe auprès de la société de courtage. Considérant que son avenir professionnel était compromis, ce dernier a alors pris acte de la rupture de son contrat de travail puis assigné son employeur pour que celle-ci produise les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. La décision rendue en première instance a fait l'objet d'un appel. La Cour d'appel a accueilli la demande du salarié en considérant que le salarié s'était vu imposer « *un réel appauvrissement de ses missions et de ses responsabilités au sein du service dont le chiffre d'affaires était en train de subir une très importante diminution* ». Elle considérait alors que cela caractérisait une modification de son contrat de travail justifiant la prise d'acte. L'employeur formait alors un pourvoi en cassation en considérant d'une part qu'au regard du principe selon lequel le bien-fondé de la prise

d'acte s'apprécie au jour de celle-ci, la rupture initiée par le salarié était nécessairement injustifiée, car anticipant sur des difficultés éventuelles et non encore réalisées, tenant à une résiliation de contrats postérieure à la date de la prise d'acte et, d'autre part, que seul un manquement imputable à l'employeur peut justifier la prise d'acte de la rupture, de sorte que la résiliation de contrats d'assurance de groupe, par le conseil de l'ordre des experts-comptables et des commissaires aux comptes, tiers à la relation salariale, ne constituait pas un manquement de nature à justifier la rupture du contrat aux torts de l'employeur, ès qualité de partie au contrat de travail. Il s'agissait alors pour la Cour de cassation de s'interroger sur la question suivante : la diminution des responsabilités du salarié constitue-t-elle une modification du contrat de travail justifiant la prise d'acte de ce dernier ?

Par l'arrêt du 29 janvier 2014, la chambre sociale de la Cour de cassation répond positivement à cette question en considérant que l'appauvrissement des missions et de ses responsabilités subi par le salarié laquelle avait vidé son poste de sa substance, constituait bien une modification imposée de son contrat de travail justifiant la prise d'acte de ce dernier.

Cette solution n'est pas nouvelle. En effet, la Cour de cassation avait déjà jugé que lorsque l'étendue des fonctions et le niveau de responsabilité du salarié sont fortement réduits, il y a modification du contrat nécessitant son accord même si sa rémunération ou sa qualification n'est pas affectée (Soc. 30 mars 2011, n°09-71.824). C'est également le cas lorsque l'employeur réduit les responsabilités d'un directeur de gestion des risques et l'éloigne de la sphère dirigeante par une mise à l'écart des réunions stratégiques (Soc. 2 mars 2011, n°09-40.547), ou qu'il retire à un salarié des tâches importantes pour lui en donnant des moindres, même si cela ne s'accompagne d'aucune baisse de salaire et de qualification (Soc. 25 mai 2011, n°10-18.994). Idem en cas de retrait d'une délégation de signature puisque, de fait, le salarié aura des fonctions moins importantes (Soc. 26 oct. 2011, n° 10-19.001)

En l'espèce, la difficulté résidait cependant dans le fait que la diminution des responsabilités du salarié par l'employeur n'était pas une démarche souhaitée de sa part, mais résultait bien du

résultat de la résiliation des contrats d'assurance par le Conseil de l'Ordre des Experts Comptables. De toute évidence, cette décision est très sévère pour la Compagnie d'assurance et l'on comprend aisément l'argumentation du pourvoi pour qui, cette résiliation des contrats d'assurance de groupe, par le conseil de l'ordre des experts-comptables et des commissaires aux comptes, ne constituait pas un manquement de nature à justifier la rupture du contrat aux torts de l'employeur.

## 2. La contrepartie de la clause de non-concurrence ne peut intervenir avant la rupture du contrat de travail

**Soc. 15 janvier 2014**

La clause de non-concurrence porte inévitablement atteinte à la liberté d'entreprendre du salarié puisqu'elle a pour objet d'interdire au salarié, à l'expiration de la relation contractuelle, d'exercer certaines activités professionnelles susceptibles de nuire à son ancien employeur. C'est pourquoi la jurisprudence exige que la clause réponde aux conditions strictes suivantes :

- Elle doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise (article L1121-1 Code du travail) ; il faut que l'entreprise soit susceptible de subir un préjudice réel si le salarié venait à exercer son activité professionnelle dans une entreprise concurrente. Cette condition s'apprécie donc par rapport au poste du salarié, son savoir-faire, les informations stratégiques auxquelles il aurait pu avoir accès, les liens noués avec la clientèle.
- Elle doit être limitée dans le temps et dans l'espace (lorsque les fonctions exercées par le salarié mettent en œuvre un savoir-faire ou une technicité indépendante de l'activité exercée par l'entreprise, la clause peut être très étendue dans le temps et dans l'espace).
- Elle doit tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié : elle ne doit pas interdire toute activité professionnelle : le salarié ne doit pas se trouver dans l'impossibilité d'exercer une activité normale conforme à sa qualification professionnelle ;
- Elle doit être accompagnée d'une contrepartie financière. A défaut ou en cas

de contrepartie insuffisante la clause est nulle (Soc. 15 novembre 2006).

C'est sur ce dernier point que l'arrêt du 15 janvier 2014 nous apporte des précisions. En l'espèce, un salarié a été licencié pour faute grave. Son contrat de travail comportait une clause de non-concurrence et le versement mensuel d'une contrepartie financière. À la rupture du contrat de travail, l'employeur a renoncé à la clause de non-concurrence et a sollicité du salarié, le remboursement des sommes qu'il a perçues mensuellement tout au long de l'exécution de son contrat de travail. La Cour de cassation va juger que :

- Le paiement de cette contrepartie financière ne peut intervenir avant la rupture du contrat de travail. Cette solution n'est pas nouvelle et avait déjà été dégagée par la chambre sociale de la Cour de cassation notamment dans les arrêts du 7 mars 2007 (Cass.Soc.7 mars 2007 n°05-45511) et du 17 novembre 2010 (Cass.Soc.17 novembre 2010 n° 09-42389) ;
- La clause qui prévoit que la contrepartie financière à l'engagement de non-concurrence sera versée mensuellement est nulle ;
- Le paiement d'une contrepartie financière qui aura eu lieu au cours de l'exécution du contrat de travail s'analyse en un complément de salaire de sorte que postérieurement à la rupture, l'employeur ne peut en demander le remboursement ;
- Le montant de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence ne peut dépendre uniquement de la durée d'exécution du contrat.

## Procédure civile

Franck TOURET

Enseignant de Droit privé

### 1. Contradictoire et connaissance des pièces Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 févr. 2014

Une transgression du principe du contradictoire peut être relevée, lorsqu'une personne à l'égard de laquelle une procédure tendant à son placement sous curatelle renforcée, ne peut

prendre connaissance et discuter de toute pièce présentée au juge.

En l'espèce, une personne avait été placée sous curatelle renforcée en 2007. En 2011, le juge des tutelles a maintenu cette mesure pour une période de cinq ans. Le jugement a été confirmé en appel. Devant la Cour de cassation, le demandeur se plaignait de ne pas avoir été avisé de la faculté qui lui était ouverte de consulter le dossier au greffe.

L'article 1222-1 du Code de procédure civile, issu du décret du 23 décembre 2009, permet, au majeur protégé ou à protéger, la consultation du dossier pendant l'ensemble de la procédure, sous réserve d'une demande écrite au juge et sans aucune autre condition que celles liées au fonctionnement du service du greffe. La condition d'une demande écrite a pour seul objectif d'organiser des plages horaires de consultation des dossiers au greffe du tribunal.

Les règles antérieures étaient critiquées, car les conditions d'accès au dossier et de délivrance de copies de pièces de celui-ci étaient très restrictives, ce qui avait fini par amener la Cour de cassation à les censurer, au moins partiellement, au visa de l'article 6, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Conv. EDH (Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 nov. 2006, n°04-18.266), allant même jusqu'à poser l'obligation pour le juge des tutelles de rappeler au majeur qu'il peut accéder à son dossier (Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mars 2009, n°08-10.118). Le décret du 23 décembre 2009 est un progrès pour le contradictoire puisque dorénavant il est possible d'avoir accès au dossier « *à tout moment* », et non plus dans les quinze jours précédant l'audience de jugement.

Si la réforme a ouvert davantage l'accès au dossier pour le majeur protégé ou à protéger, la Cour de cassation tend à assurer l'effectivité de cette possibilité et partant le principe du contradictoire. Ainsi, dans la présente décision, elle affirme qu'« *attendu que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue contradictoirement ; que cette exigence implique que chaque partie ait la faculté de prendre connaissance et de discuter de toute pièce présentée au juge* ». L'absence de consultation couplée au défaut d'information sur le droit de consultation sont sanctionnés comme transgressant le principe du contradictoire. Dès lors, lorsque le majeur n'est pas assisté, la Cour de cassation impose que la possibilité de

consulter le dossier soit portée à la connaissance de la personne intéressée.

## 2. Introduction des actions de groupe

La commission mixte paritaire, le 14 février 2014, a adopté définitivement le projet de loi sur la Consommation, dite Loi Hamon, qui donne notamment le droit aux associations de consommateurs d'intenter des actions de groupe.

Ce type d'action, une première en France, vise à regrouper dans une seule procédure les demandes de réparation concernant un grand nombre de consommateurs.

Ainsi, le titre II du livre IV du Code de la consommation est complété par un chapitre III, dont l'article L. 423-1 dispose qu'« *une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée en application de l'article L. 411-1 peut agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles :*

*1° À l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services ;*

*2° Ou lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.*

*L'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs ».*

Autrement dit, l'action n'est ouverte qu'à certaines associations nationales de consommateurs agréées, en raison de leur légitimité quant à l'intérêt pour agir et la qualité pour représenter le groupe des consommateurs en tant que tel sans qu'il soit besoin d'identifier au préalable les victimes. L'action n'a pas été ouverte aux particuliers, aux associations *ad hoc* (associations spécialement constituées pour la cause, en raison du risque d'action abusive intentée au profit d'un concurrent). L'action n'a pas été ouverte non plus aux avocats, pour éviter les critiques faites aux class-actions

américaines, pour lesquelles des avocats se rémunèrent sur les dommages et intérêts obtenus auprès de jurys populaires. Enfin, il faut souligner que, le 17 février dernier, le Conseil constitutionnel a été saisi de cette loi.

## Droit Pénal Mikaël BENILLOUCJE Enseignant de Droit privé

### 1. Morsures par chiens et causalité Crim., 21 janvier 2014, n° 13-80.267

La notion de causalité, dans le cadre des infractions non intentionnelles, continue de susciter d'intéressantes décisions de la Cour de cassation comme l'illustre l'arrêt en date du 21 janvier 2014 rendu par la Chambre criminelle. En effet, depuis la loi du 10 juillet 2000, la faute pénale requise en cas de causalité indirecte, c'est-à-dire lorsque la faute n'a fait que contribuer au dommage ou à l'égard de celui qui n'a pas pris les mesures permettant de l'éviter, doit répondre aux strictes conditions de l'alinéa 4 de l'article 121-3 du Code pénal pour engager la responsabilité pénale.

En l'occurrence, une victime a été agressée par plusieurs chiens. Elle est décédée le jour même à la suite d'un choc hypovolémique provoqué par une importante perte sanguine liée à de multiples plaies causées par des morsures canines et pertes de substances étendues. Trois des chiens du prévenu, voisin de la victime, se trouvaient à l'extérieur de sa propriété au moment de l'agression. Le prévenu a été renvoyé devant le tribunal correctionnel pour homicide involontaire. Il a été déclaré coupable des faits reprochés par jugement. La cour d'appel a infirmé le jugement et relaxé le prévenu en raison de l'absence de faute caractérisée ou de violation manifestement délibérée, l'une ou l'autre de ces fautes étant indispensable pour retenir la responsabilité en cas d'homicide involontaire commis en cas de causalité indirecte. En effet, aucune prévention n'est retenue contre le prévenu au titre de la divagation d'animaux. De plus, les chiens étaient habituellement enfermés pendant la journée dans un chenil clos et les opérations d'expertise

ont montré leur apparente absence de dangerosité. La cour en a déduit l'absence de violation d'une obligation particulière de sécurité prévue par la loi ou le règlement ainsi que l'inexistence d'une faute caractérisée. Un pourvoi a été formé.

L'arrêt est cassé par la Haute juridiction. En effet, les faits relevés caractérisent une causalité directe et non indirecte. En conséquence, une simple négligence permettait d'engager la responsabilité pénale. Or, une telle faute peut être retenue à l'égard du propriétaire de l'animal, lequel a laissé sortir de chez lui ses chiens sans être contrôlés, ni tenus en laisse.

L'arrêt est logique. En effet, la causalité est directe s'agissant de l'auteur de la « faute essentielle et déterminante » (Rapport C. cass., 2007).

Plus encore, par cette décision, non seulement la Cour de cassation ne se contente pas de censurer, mais aussi elle requalifie elle-même la causalité indirecte en causalité directe et même elle relève les éléments d'une faute de négligence au sens de l'article 121-3 alinéa 3 du Code pénal. Quelle est dès lors la marge d'appréciation laissée à la juridiction de renvoi ? Certes, il est possible d'objecter que l'arrêt ne porte que sur les intérêts civils, ce qui atténue la portée de la décision.

## 2. Articles 226-1 et 226-2 du Code pénal et refus de renvoi d'une QPC

Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 février 2014, n° 13-21.929

Dans l'affaire à l'occasion de laquelle a été formée la QPC, une société de médias avait publié plusieurs articles s'appuyant sur des extraits d'enregistrements de conversations, réalisés clandestinement. Elle a été attaquée par l'auteur des propos pour violation de sa vie privée, en vertu des articles 226-1 et 226-2 du Code pénal qui interdisent tout enregistrement clandestin et toute publication de leur contenu. Or, les juridictions avaient estimé que l'article 226-2 du Code pénal n'englobe pas la diffusion de tout enregistrement de propos échangés « dans la sphère privée », sans le consentement de l'auteur qui les a tenu, mais uniquement ceux qui portent « atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui », comme l'énonce l'article 226-1 du Code pénal. En sens inverse, la Cour de cassation avait par la suite invalidé ces décisions jugeant

que « constitue une atteinte à l'intimité de la vie privée, que ne légitime pas l'information du public, la captation, l'enregistrement ou la transmission sans le consentement de leur auteur des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ». La cour d'appel de renvoi a donc condamné la société à retirer tous les articles citant les enregistrements.

À l'occasion du pourvoi formé contre l'arrêt rendu, la Cour de cassation a statué sur la QPC formée en appel. Outre qu'elle ait considéré que « la question, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle », elle a surtout relevé que la question posée ne présente pas un caractère sérieux. En effet, selon la Haute juridiction, le droit de toute personne au respect de sa vie privée recouvre notamment l'usage fait des éléments de sa fortune. De plus, les articles 226-1 et 226-2 du Code pénal n'ont pas de portée générale et absolue et ne s'appliquent pas aux interceptions de conversations opérées par les autorités publiques et ne concernent que la captation et la diffusion, par des particuliers et à l'insu de leur auteur, de propos relatifs à sa vie privée, ce qui exclut toute parole étrangère à cet objet, même tenues à titre privé et dans un lieu privé.

## 3. Précisions sur la contestation du prononcé de la confiscation par le propriétaire du bien confisqué

Crim., 15 janvier 2014, n° 13-81.874

Selon les dispositions de l'article 131-21 alinéa 2 du Code pénal : « La confiscation porte sur tous les biens meubles ou immeubles, quelle qu'en soit la nature, divis ou indivis, ayant servi à commettre l'infraction ou qui étaient destinés à la commettre, et dont le condamné est propriétaire ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition ». La Haute juridiction vient de rendre une décision dans laquelle elle apporte des précisions sur la notion de « propriétaire de bonne foi ».

En l'espèce, le prévenu s'est vu confisquer, en première instance, un véhicule, celui-ci ayant servi à commettre l'infraction de conduite sans permis d'un véhicule. Or, ce véhicule était la propriété d'une SARL, dont le prévenu était le

gérant. La SARL est intervenue devant la cour d'appel aux fins de restitution du véhicule. La cour d'appel a déclaré irrecevable cette intervention et a ordonné la confiscation de celui-ci, estimant que la confiscation se justifiait dès lors que le prévenu n'avait cessé de conduire sans permis et qu'en outre, si le prévenu n'en était pas le propriétaire, il en avait la libre disposition. Pour déclarer irrecevable l'intervention de la SARL, la cour a précisé qu'elle doutait de la bonne foi du propriétaire, le prévenu étant le gérant unique de la société. Le pourvoi est rejeté par la Cour de cassation qui a estimé que l'appréciation de la bonne foi relevait de l'appréciation souveraine des juges du fond. En refusant de procéder à un contrôle plus approfondi, la Cour de cassation évite de trop nombreux recours. Toutefois, il est frappant de constater que la cour d'appel considère que la société n'est pas de bonne foi et ce, sans preuve, en raison des agissements de son gérant. Le principe de la présomption d'innocence aurait pu permettre de parvenir à une autre solution.

#### 4. La création d'un Conseil national de l'exécution de la peine

Le Conseil national de l'exécution de la peine (CNEP) a été installé par la Garde des sceaux le 29 janvier 2014. Le CNEP a pour mission de s'interroger sur la place de la sanction pénale et des personnes condamnées dans la société. Le Ministre devrait participer à chaque réunion de travail. L'objectif de cette création étant de faire évoluer la vision uniquement carcérale de la peine. Le CNEP se réunira quelques fois par an.

**Procédure Pénale**  
**Mikaël BENILLOUCHE**  
**Enseignant de Procédure Pénale**

#### 1. Plan d'action pour le Ministère public (10 février 2014)

La Garde des sceaux a présenté un ensemble de mesures intitulé « Plan d'action pour le ministère public » aux 36 procureurs généraux et aux 171 procureurs de la République. 19

mesures issues du rapport Nadal sont transposées. La mesure la plus importante du plan d'action réside dans la limitation et l'encadrement de la « remontée d'information » dans les affaires individuelles. Le plan fixe pour objectif une diminution par deux du volume des affaires individuelles signalées fin 2014. Ce plan d'action s'adaptera au fil des prochains mois en fonction des observations des membres du Parquet et des organisations syndicales.

#### 2. La mise en place du procureur de la République financier

**D. n° 2014-64, 29 janvier 2014 ; D. n° 2014-65, 29 janvier 2014 ; D. n° 2014-66, 29 janvier 2014 ; D. n° 2014-67, 29 janvier 2014 ; D. n° 2014-68, 29 janvier 2014 ; D. n° 2014-69, 29 janvier 2014 ; JO 31 janvier 2014**

Plusieurs décrets du 29 janvier 2014, pris en application de la loi du 6 décembre 2013, organisent la mise en place du Parquet financier (B. CRISP 2014/1, n° 5). Ils sont entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2014. Ces décrets font suite à la nomination d'Eliane Houlette comme procureur de la République financier après avis conforme du CSM. Un article R. 123-1 nouveau COJ prévoit désormais que le TGI de Paris et la Cour de cassation sont dotés d'un secrétariat de Parquet autonome. De plus, l'article R. 212-44 COJ dispose désormais que l'assemblée des magistrats du siège et du Parquet procède à des échanges de vues sur le rapport annuel de politique pénale présenté par le Parquet. Les articles R. 217-3 et suivants nouveaux COJ créent l'assemblée des magistrats du Parquet financier, formation de l'assemblée générale du TGI de Paris présidée par le procureur de la République financier et fixent sa compétence consultative.

#### 3. L'harmonisation de délais de prescription de l'action publique en matière de presse Loi n° 2014-56 du 27 janvier 2014

Le délai de prescription d'un an prévu par l'article 65-3 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est étendu par la loi n° 2014-56 du 27 janvier 2014 aux délits suivants lorsqu'ils sont commis à raison du sexe, de l'orientation sexuelle, de l'identité sexuelle ou du handicap :

- la provocation aux discriminations prévues par les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal (article 24 alinéa 9 de la loi du 29 juillet 1881) ;
- la provocation à la haine, à la violence ou à la discrimination (article 24 alinéa 9 de la loi du 29 juillet 1881) ;
- la diffamation (article 32 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881) ;
- l'injure (article 33 alinéa 4 de la loi du 29 juillet 1881).

#### **4. Le rappel de causes d'interruption de la prescription de l'action publique Crim., 15 janvier 2014, n° 13-84.533**

Les causes d'interruption et de suspension du délai de prescription de l'action publique donnent lieu à un contentieux fréquent (B. CRISP 2014/1, n° 5) comme l'illustre une nouvelle décision de la Cour de cassation.

En l'espèce, le délai de prescription de l'action publique a été interrompu par la délivrance d'un titre exécutoire de l'amende forfaitaire majorée puis par la réclamation du contrevenant qui a entraîné l'annulation de ce titre.

#### **5. L'admission de l'action civile d'une association effectuée en raison d'un préjudice personnel malgré la relaxe du prévenu Crim., 4 février 2014, n° 14-80.007**

Si l'action civile des associations est admise restrictivement par la Cour de cassation, ce n'est que dans l'hypothèse où celle-ci agit pour défendre un intérêt collectif comme le rappelle la décision rendue par la Haute juridiction.

En l'espèce, la Cour de cassation a rejeté un pourvoi formé contre une décision ayant admis l'action civile d'une association fondée sur l'abus de confiance commis par le prévenu. En effet, malgré la relaxe du prévenu, la cour d'appel a constaté que les faits présentaient « *la matérialité du délit d'abus de confiance* ». En effet, le prévenu a eu recours, pendant leur temps de travail, à des salariés rémunérés par la partie civile, qui ne l'y avait pas autorisé. Il a donc commis une faute civile distincte de la faute pénale pour laquelle il a été relaxé. Plus encore, cette faute a entraîné, pour le groupement associatif, un préjudice direct et

personnel ouvrant droit à réparation, pour un montant que les juges ont souverainement évalué.

Le principe d'identité des fautes civile et pénale (Civ., 18 décembre 1912 ; 12 juin 1914, S., 1914, 1, 249, note Morel) a vécu comme le rappelle la Cour de cassation. Ainsi, il est possible de retenir une faute civile, malgré une relaxe au pénal dès lors qu'il n'y a pas de contradiction entre les décisions prononcées.

#### **6. Mandat d'arrêt européen et prohibition des mauvais traitements Crim., 4 février 2014, n° 14-80.007**

L'harmonisation européenne continue de susciter des décisions délicates de la Cour de cassation visant à concilier la « confiance mutuelle » entre Etats membres de l'Union européenne et l'indispensable respect de l'ordre public. Cette décision s'inscrit dans ce cadre.

En l'occurrence, les autorités judiciaires espagnoles ont émis un mandat d'arrêt européen visant des faits de terrorisme. La personne réclamée a argué que le mandat reposait sur des témoignages recueillis sous la torture. Considérant que tel n'était pas le cas, la chambre de l'instruction a ordonné la remise de l'intéressée aux autorités espagnoles. L'argument a été repris concernant la contestation relative à la remise temporaire de la personne réclamée pour les besoins de l'information portant sur les mêmes faits objet du mandat d'arrêt européen, et ce, pour une durée de quatre mois. Pour rejeter cet argument, la cour relève que la détenue n'apporte pas la preuve d'un risque de traitements inhumains ou dégradants durant sa remise et rappelle que les instances introduites devant la Cour européenne des droits de l'homme ne sont pas suspensives. En conséquence, aucun obstacle de fait ou de droit ne s'oppose à la remise aux autorités espagnoles pour une durée de quatre mois. Le pourvoi formé contre la décision a été rejeté.

Cet arrêt met en relief les difficultés de lutte contre le terrorisme. En effet, l'Espagne, comme la France, dispose en la matière d'un régime particulier susceptible d'entraîner une limitation des droits des personnes poursuivies. Or, en ne retenant pas les arguments de la personne réclamée les juridictions françaises ne tiennent

pas compte des critiques formulées par le rapport du Comité pour la prévention contre la torture du 30 avril 2013 soulignant les mauvais traitements infligés par la Garde Civile espagnole aux personnes soupçonnées de telles infractions. Il reste à savoir si la position des autorités nationales évoluerait si la Cour européenne des droits de l'homme considérait que cette législation n'était pas conforme aux exigences de la Convention et plus particulièrement à l'article 3 prohibant la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants.

## Droit administratif

Matthieu THAURY

Enseignant de Droit administratif

**CE, Ordonnance du 5 février 2014, SAS Allocab et autres, n° 374524, 374554**

Dans une ordonnance très médiatisée, le juge des référés du Conseil d'État a ordonné la suspension du décret du 27 décembre 2013 relatif à la réservation préalable des voitures de tourisme avec chauffeur (VTC). Ce texte avait été adopté pour répondre aux revendications des taxis, inquiets de la concurrence des VTC. Sa suspension a conduit à des manifestations de grande ampleur de la part des taxis en région parisienne.

Rappelons, tout d'abord, qu'en vertu des dispositions législatives du Code du tourisme, l'activité de VTC consiste à mettre des véhicules à la disposition des clients sur réservation préalable. À la différence des taxis qui doivent disposer d'une licence les VTC ne sont pas autorisés à stationner sur la voie publique en quête de clients sans location préalable. Pour limiter la concurrence, le décret du 27 décembre 2013 impose l'obligation de respecter un délai minimal de quinze minutes entre la réservation du véhicule et la prise en charge effective du client. Il convient de remarquer que l'Autorité de la concurrence avait émis un avis négatif sur ce texte en soulignant qu'il risquait d'engendrer des « *distorsions de concurrence (...) ni nécessaires ni proportionnées aux impératifs d'intérêt général (...) poursuivis* ». L'Autorité avait également estimé que la réforme était «

*défavorable aux consommateurs* » (temps d'attente doublé, prix des courses plus élevé) ; que les comportements illicites des VTC (comprendre la prise en charge des clients sans réservation) « *ne relèvent pas de la concurrence, mais de la fraude* » et qu'il s'agissait d'abord d'un problème de police (Aut. Conc. Avis 13— A-23 du 16 décembre 2013 concernant un projet de décret relatif à la réservation préalable des voitures de tourisme avec chauffeur).

En l'espèce, Le juge des référés du Conseil d'État vérifie si les conditions de l'article L. 521-1 CJA sont remplies, à savoir l'existence d'un moyen propre à faire naître, en l'état de l'instruction, un doute sérieux sur la légalité de l'acte et une situation d'urgence.

S'agissant de l'existence d'un moyen d'annulation sérieux, le juge relève qu'est de nature à créer un tel doute le moyen, invoqué par les sociétés requérantes, tiré de ce qu'en introduisant un délai minimal de quinze minutes entre réservation et prise en charge, le décret portait une atteinte illégale au principe général du droit de la liberté du commerce et de l'industrie. Le juge souligne, ensuite, que si des restrictions peuvent être apportées à cette liberté, c'est à la condition qu'elles soient nécessaires à un objectif d'intérêt général et proportionnées à l'atteinte d'un tel objectif. En l'espèce, l'administration entendait justifier l'introduction du délai minimal de quinze minutes par deux motifs : le souci de mieux distinguer l'activité de VTC et l'activité de taxis, d'une part, et la volonté de contribuer à fluidifier la circulation dans les grandes villes, d'autre part. Sur le premier point, le juge des référés constate que la loi distingue effectivement les deux professions, en réservant à la profession réglementée de chauffeur de taxi l'activité consistant à circuler et à stationner sur la voie publique en quête de clients. Il estime qu'il existe néanmoins un doute sérieux, à ce stade de l'instruction, sur le point de savoir si le simple fait d'accepter une réservation par téléphone ou Internet en vue d'un départ aussi rapide que possible porte réellement atteinte au monopole légal des chauffeurs de taxi. Partant, il existe un doute sérieux quant au bien-fondé du premier motif invoqué par l'administration, consistant à protéger l'exercice légal de la profession de taxi. Sur le second point, le juge des référés estime que, compte tenu des éléments produits par les

parties à ce stade de l'instruction, il existe un doute sérieux sur la réalité et l'ampleur des effets de fluidification du trafic que l'introduction du délai de quinze minutes était susceptible d'entraîner et, par suite, sur le bien-fondé de l'autre motif invoqué par l'administration.

S'agissant de la condition d'urgence, le juge des référés rappelle qu'elle « *justifie la suspension de l'exécution d'un acte administratif lorsque celle-ci porte atteinte, de manière suffisamment grave et immédiate, à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ; qu'il appartient au juge des référés d'apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de l'acte contesté sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue* » et que « *l'urgence doit être appréciée objectivement et compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire* ». En l'espèce, le juge des référés estime que le délai de prise en charge d'un client constitue, pour l'activité de VTC, un élément décisif d'attractivité commerciale et qu'en introduisant un délai minimal de quinze minutes, le décret créé un risque de perte de clientèle et constitue ainsi un obstacle sérieux au développement des sociétés requérantes. Il se fonde également sur les spécificités du marché concerné, tenant notamment à sa croissance rapide et à son caractère fortement concurrentiel, sur lequel les sociétés requérantes, toutes de création récente, ont engagé des investissements pour constituer leurs flottes, leur dispositif de réservation et leur clientèle. Partant, l'atteinte « *grave et immédiate* » aux intérêts des requérants, au sens que la jurisprudence donne à cette notion pour qualifier l'urgence en matière de référé suspension, est bien vérifiée.

## Droit Constitutionnel

### Matthieu THAURY

#### Enseignant de Droit constitutionnel

#### 1. L'Assemblée nationale vote (enfin) l'interdiction du cumul des mandats ... à partir de 2017

##### Loi organique et loi ordinaire du 14 février 2014

Bien qu'elle ait été préconisée successivement par le Comité Balladur en 2007 (proposition n° 56) puis par la Commission Jospin en 2012 (proposition n° 15), l'interdiction du cumul des mandats, qui s'entend de l'impossibilité pour une même personne de cumuler un mandat de parlementaire et un mandat d'exécutif local, a fait l'objet d'intenses débats et blocages au Parlement, y compris au sein de la majorité. Il faut dire que cette mesure, promise par François Hollande lors de la campagne présidentielle de 2012 et inscrite dans le programme du parti socialiste, affecte principalement... les parlementaires eux-mêmes, dont 60 % cumulent leurs fonctions avec un mandat d'exécutif local. Les arguments en faveur d'une suppression de cette spécificité française sont bien connus : éviter les conflits d'intérêts, lutter contre l'absentéisme parlementaire, mais aussi faciliter le renouvellement de la classe politique. À l'inverse, de nombreux élus hostiles à la réforme ont souligné l'importance de maintenir un lien entre les parlementaires et le territoire. S'agissant de l'Assemblée nationale, l'argument est spécieux. Représentants de la Nation, les députés sont élus dans une circonscription et non par une circonscription ! Par ailleurs, une permanence locale doit suffire à assurer un lien avec les réalités du terrain, pourvu que l'élu souhaite en prendre connaissance. Des moyens financiers y sont d'ailleurs consacrés (les députés bénéficient ainsi de plus de 5.500 euros d'indemnité représentative de frais de mandat mensuels). La question est plus complexe s'agissant des sénateurs qui, s'ils participent à l'exercice de la souveraineté nationale (v. CC, décision n° 92-308 DC du 09 avril 1992), doivent également représenter les collectivités territoriales (art. 24 C). Mais une fois encore,

l'argument peut être écarté : c'est en principe le mode d'élection des sénateurs qui doit traduire cette fonction de représentant des collectivités territoriales (et il y aurait sans doute à redire sur le mode actuel d'élection qui favorise à l'excès la ruralité) et non le cumul avec d'autres mandats. Il y a donc lieu de se féliciter de la fermeté du gouvernement et de l'Assemblée nationale qui ont rejeté les amendements introduits par le Sénat qui auraient permis aux membres de cette assemblée de cumuler leurs fonctions avec un mandat d'exécutif local au plus. Reste un argument contre la réforme, soulevé par divers universitaires, notamment O. Beaud et P. Avril, dans une lettre adressée au chef de l'État : le cumul de mandats permettrait d'atténuer la logique du fait majoritaire en donnant aux députés une « assise locale » et donc un certain poids au sein du parti ([Lien site le Monde](#))... Ou comment traiter « le mal par le mal ».

Mais, si l'on veut bien admettre que le fait majoritaire gagnerait à d'être limité sous la Cinquième République, d'autres moyens que le cumul des mandats pourraient être mobilisés. Les idées pour atteindre cet objectif ne manquent pas : introduire une dose de proportionnelle aux législatives et/ou faire du Sénat une deuxième chambre élue intégralement à la proportionnelle par exemple...

Quoi qu'il en soit, adoptées après 7 mois de débats et validées par le Conseil constitutionnel, la loi organique et la loi ordinaire du 14 février 2014 viennent traduire l'engagement présidentiel. Elles interdisent le cumul de l'exercice d'un mandat parlementaire national ou européen avec l'exercice de fonctions de direction ou de codirection au sein des collectivités territoriales et des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre, en métropole et en outre-mer. L'interdiction est également étendue à certaines fonctions non exécutives, telles que les présidences des assemblées locales en Corse, Martinique, Nouvelle-Calédonie et Polynésie française. Afin d'éviter des élections partielles à répétition à chaque élection locale, le projet de loi organique autorise qu'un parlementaire démissionnaire pour cause de cumul des mandats soit remplacé par son suppléant.

Pour d'évidentes raisons politiques, ces dispositions ne seront applicables qu'à compter

du premier renouvellement des assemblées concernées suivant le 31 mars 2017. Reste à vérifier qu'elles ne seront pas remises en question à l'occasion des prochaines élections législatives par la nouvelle majorité issue des urnes. L'UMP a en effet annoncé qu'en cas de victoire elle rétablirait le cumul des mandats... ([Lien site le Figaro](#))

## 2. La réforme des collectivités territoriales est lancée : les apports de la loi du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles

La loi du 27 janvier 2014 est l'un des trois textes de réforme de la décentralisation. Elle revient en partie sur certaines dispositions de la loi du 16 décembre 2010, dont on sait qu'elle avait été fortement critiquée par les élus locaux ainsi que par les parlementaires et apporte diverses innovations. Ce texte comporte schématiquement deux volets : le premier concerne la décentralisation à proprement parler, le second est relatif aux métropoles.

### La réforme de la décentralisation

En premier lieu, la loi rétablit la clause générale de compétence pour les régions et départements qui devait (partiellement) disparaître en 2015. Désormais, l'article L. 3211-1 CGCT dispose que « *le conseil général règle par ses délibérations les affaires du département. Il statue sur tous les objets sur lesquels il est appelé à délibérer par les lois et règlements et sur tous les objets d'intérêt départemental dont il est saisi(...)* ». Des dispositions identiques s'appliquent au conseil régional (art. L. 4433-1 CGCT).

En second lieu, pour assurer une plus grande cohérence des politiques locales, le législateur a instauré des collectivités « chefs de file ». Cette possibilité est offerte par l'article 72 al 5 de la Constitution qui, tout en interdisant la tutelle d'une collectivité sur une autre, permet à la loi « *lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales* », d'« *autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune* ». La loi du 27 janvier 2014 prévoit ainsi trois collectivités chef de file :

- La région pour le développement économique, les aides aux entreprises et les transports (le Sénat a ajouté la biodiversité, la transition énergétique, l'agenda 21) ;
- Le département pour l'action sociale, l'aménagement numérique et la solidarité territoriale ;
- Les communes pour la mobilité durable et la qualité de l'air.

Le tourisme demeure en revanche une compétence partagée entre les communes, les départements et les régions. Toujours dans le même but, le texte institue au niveau régional une conférence territoriale de l'action publique qui établira un pacte de gouvernance territoriale. Elle sera présidée par le président du Conseil régional et rassemblera les représentants de l'ensemble des exécutifs locaux – régions, départements, métropoles, agglomérations –, ainsi que des délégués de maires et de communautés de communes, et un représentant de l'État (le préfet). Ces dispositions semblent faire de la région la grande gagnante de la réforme.

#### La réforme des métropoles

L'un des principaux apports de la loi est la réforme des métropoles qui avaient été créées par la loi de 2010.

En premier lieu, la loi du 27 janvier 2014 prévoit des métropoles dites « de droit commun ». L'alinéa premier de l'article L. 5217-1 du CGCT issu de la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 définit la métropole comme « *un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre regroupant plusieurs communes d'un seul tenant et sans enclave au sein d'un espace de solidarité pour élaborer et conduire ensemble un projet d'aménagement et de développement économique, écologique, éducatif, culturel et social de leur territoire afin d'en améliorer la cohésion et la compétitivité et de concourir à un développement durable et solidaire du territoire régional. Elle valorise les fonctions économiques métropolitaines, ses réseaux de transport et ses ressources universitaires, de recherche et d'innovation, dans un esprit de coopération régionale et interrégionale et avec le souci d'un développement territorial équilibré* ». La création d'une métropole devient automatique dès lors que les conditions légales sont réunies : à

compter du 1<sup>er</sup> janvier 2015, les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre (EPCI) qui forment, à la date de la création de la métropole, un ensemble de plus de 400 000 habitants dans une aire urbaine de plus de 650 000 habitants sont transformés par décret en métropole. En outre, la création de métropoles à la demande des intéressés est possible. Cette demande doit résulter d'un accord exprimé par deux tiers au moins des conseils municipaux des communes intéressées représentant plus de la moitié de la population totale de celles-ci ou par la moitié au moins des conseils municipaux des communes représentant les deux tiers de la population. Elle concerne notamment les EPCI à fiscalité propre qui forment, à la date de la création de la métropole, un ensemble de plus de 400 000 habitants et dans le périmètre desquels se trouvent le chef-lieu de région et les EPCI, centres d'une zone d'emplois de plus de 400 000 habitants. La création de la métropole est également prononcée par décret.

À côté de ces métropoles dites « de droit commun », le projet de loi prévoit la création de métropoles à statut particulier :

- La métropole du Grand Paris qui sera créée le 1<sup>er</sup> janvier 2016 et se substituera aux 19 intercommunalités existantes. Elle regroupera, notamment, la commune de Paris, l'ensemble des communes des départements des Hauts-de-Seine, de la Seine-Saint-Denis et du Val-de-Marne, et les communes des autres départements de la région d'Île-de-France appartenant au 31 décembre 2014 à un établissement public de coopération intercommunale comprenant au moins une commune des départements des Hauts-de-Seine, de la Seine-Saint-Denis et du Val-de-Marne et dont le conseil municipal a délibéré favorablement avant le 30 septembre 2014.
- La métropole de Lyon (L. n° 2014-58 du 27 janv. 2014, art. 26 à 39) sera créée à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2015 en lieu et place de la communauté urbaine de Lyon et de la portion du département du Rhône située dans son périmètre urbain.
- La métropole d'Aix-Marseille-Provence regroupera à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2016 l'ensemble des communes membres de la

communauté urbaine Marseille Provence métropole, de la communauté d'agglomération du Pays d'Aix-en-Provence, de la communauté d'agglomération Salon Étang de Berre Durance, de la communauté d'agglomération du Pays d'Aubagne et de l'Étoile, du syndicat d'agglomération nouvelle Ouest Provence et de la communauté d'agglomération du Pays de Martigues. Elle dispose également de compétences spécifiques (L. n° 2014-58 du 27 janv. 2014, art. 40 à 42).

The logo for CRISP features a thick black horizontal bar at the top. Below it, the word "CRISP" is written in a bold, sans-serif font. The letters "CR" are red, and "ISP" are black. Another thick black horizontal bar is positioned below the text.

**CRISP**

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation