

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

N°7-8 – Juillet - Août 2014

Sommaire

L'édito	p. 3
L'agenda	p. 4
L'article du mois	p. 5
L'actualité	p. 9

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

Commentaire de la loi Pinel du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises

La loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises (JO du 19 juin 2014, p. 10105) propose une modernisation et des ajustements relatifs à différents points du droit commercial. Principalement, ce sont deux thématiques qui se trouvent concernées : d'une part, la loi du 18 juin 2014 propose une réforme modérée de l'auto-entrepreneuriat et de l'EIRL ; d'autre part, la loi Pinel modernise le statut des baux commerciaux, sans pour autant le révolutionner.



CRISPcrisp@prepa-isp.fr**Président du CRISP**Philippe MAZET
philippe.mazet@prepa-isp.fr**Rédacteur en chef**Franck TOURET
franck.touret@prepa-isp.fr**Directeur de la recherche**Mikaël BENILLOUCHE
mikael.benillouche@prepa-isp.fr**Comité scientifique**Mikaël BENILLOUCHE
mikael.benillouche@prepa-isp.fr
Jacob BERREBI
jacob.berrebi@prepa-isp.fr
Matthieu THAURY
matthieu.thaury@prepa-isp.fr**Directrice Générale ISP**Julie HABERMAN
julie.haberman@prepa-isp.fr**Groupe ISP****Institut Supérieur de Préparation**18 rue de Varenne
75007 PARIS
01.42.22.30.60
<http://www.prepa-isp.fr>
RCS Paris 331 302 877L'ISP est ouvert du lundi au vendredi
de 9 h 30 à 18 h 30 et le samedi de 10
h à 13 hMétro 12 : Rue du Bac ou Sèvres
Babylone

Métro 10 : Sèvres Babylone

— ou —

Bus : 68, 69, 83, 84, 94

Le Bulletin Mensuel d'Actualités du CRISP,
inscription newsletter par mail :
crisp@prepa-isp.fr

Prochaine Conférence du CRISP

L'inégalité homme/femme

Septembre 2014

Inscription par mail : crisp@prepa-isp.fr

Voir page 5

Vous voulez passer les examens de l'avocature, du
notariat, ou passer les grands concours de la
fonction publique, l'ISP propose, depuis près de 30
ans, des formations dédiées et éprouvées.**RETROUVEZ LES FORMATIONS DE L'INSTITUT
SUPERIEUR DE PREPARATION SUR :**<http://www.prepa-isp.fr> ou au 01.42.22.30.60**Proposez-nous vos articles**Le bulletin du CRISP est susceptible de publier vos
articles de fond ou commentaires. Toute personne
intéressée doit contacter le rédacteur en chef Franck
TOURET (franck.touret@prepa-isp.fr) afin de lui proposer
le thème et un résumé de sa proposition d'article (15
lignes maximum). Après avis favorable du rédacteur en
chef et fixation d'un délai de remise, l'article sera soumis
au Comité scientifique qui donnera une réponse dans les
15 jours.

L'édito

« *Les actualités d'aujourd'hui, c'est l'histoire de demain* »

Les Fleurs bleues (1965), Raymond Queneau

L'actualité jurisprudentielle est importante et encore incertaine pour certaines affaires.

Dans le cadre de l'affaire Vincent Lambert, le Conseil d'État a prononcé l'arrêt de l'alimentation et de l'hydratation (CE, 24 juin 2014). Toutefois, la CEDH, en urgence, a demandé au gouvernement français de faire suspendre l'exécution de l'arrêt.

L'affaire Babyloup a connu son épilogue, du moins en droit interne. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation estime que cette restriction à la liberté de manifester sa religion ne présentait pas « *un caractère général mais était suffisamment précise, justifiée par la nature des tâches accomplies, et proportionnée au but recherché* ». Il n'en résulte pas pour autant, insiste la Cour, que le principe de laïcité est applicable aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public (Ass. plén. 25 juin 2014). Néanmoins, si elle souhaite poursuivre son combat, la salariée devra maintenant porter l'affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans l'affaire Bonnemaison, les jurés avaient estimé que le Dr Bonnemaison avait agi dans son unité dans un « *contexte bien spécifique* » de patients âgés, incurables, dont les traitements avaient été arrêtés, et que même s'il n'a informé ni soignants ni familles à chaque fois, « *il n'est pas démontré qu'en procédant à ces injections, il avait l'intention de donner la mort aux patients, au sens de l'article 221-5 du Code pénal* ». Toutefois, Le parquet général de Pau a décidé mercredi 2 juillet 2014 de faire appel de l'acquiescement du médecin.

Dans l'affaire des GPA, la Cour de cassation avait le 19 mars 2014, pour la troisième fois, invalidé la délivrance de la nationalité française à un enfant né à l'étranger d'une mère porteuse. Toutefois, la CEDH a considéré que l'établissement du lien de filiation entre un père et ses enfants biologiques nés d'une gestation

pour autrui à l'étranger est contraire à la Convention européenne des droits de l'homme

(CEDH 26 juin 2014, *Menesson c/ France* ; CEDH 26 juin 2014, *Labassee c/ France*).

Enfin, l'affaire des écoutes de l'ancien président de la République a également mis sur le devant de la scène les incertitudes du dispositif relatif aux écoutes.

L'actualité est également marquée par les travaux parlementaires.

La loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire a été publiée au Journal officiel du 1er août 2014.

Le texte relatif à l'égalité entre les hommes et les femmes a été adopté le 23 juillet 2014 par l'Assemblée nationale et le Sénat. Toutefois, le Conseil constitutionnel dans sa décision du 31 juillet 2014 a jugé que les articles 7 et 10 étaient contraires à la Constitution et a formulé une réserve sur la parité dans les autorités administratives ou publiques indépendantes.

Pêle-mêle, il convient de suivre l'évolution du projet de loi relatif à la réforme de l'asile ; du projet de loi relatif à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral ; du projet de loi tendant à renforcer l'efficacité des sanctions pénales ; de la proposition de loi relative à l'autorité parentale et l'intérêt de l'enfant et de la réforme attendue du droit des obligations.

Franck TOURET
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^{er} mars 2014
- La prostitution : 12 avril 2014
- La réforme du droit des obligations 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

L'article du mois

Commentaire de la loi Pinel du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises

La loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises (JO du 19 juin 2014, p. 10105) propose une modernisation et des ajustements relatifs à différents points du droit commercial.

Principalement, ce sont deux thématiques qui se trouvent concernées : d'une part, la loi du 18 juin 2014 propose une réforme modérée de l'auto-entrepreneuriat et de l'EIRL (I) ; d'autre part, la loi Pinel modernise le statut des baux commerciaux, sans pour autant le révolutionner (II).

I – L'AUTO-ENTREPRENEURIAT ET L'EIRL DANS LA LOI PINEL

À grand renfort de communication était annoncée une première réforme d'importance de l'auto-entrepreneuriat, mais la levée de boucliers tout aussi médiatique des micro-entrepreneurs désormais réunis en « fédérations » a conduit à une réforme *a minima* (A). Il n'en va pas autrement concernant l'EIRL (B). Pour autant, l'ambition demeure dans la loi de simplifier et harmoniser, à partir du 1^{er} janvier 2015, les différents régimes applicables à l'entreprise individuelle, tant d'un point de vue juridique que d'un point de vue social et fiscal.

A – Concernant l'auto-entrepreneuriat

Les autoentrepreneurs peuvent se féliciter : le Gouvernement a multiplié les concessions à leur égard. Au final, aucune limite de durée pour bénéficier du régime de l'autoentrepreneur n'a été fixée.

Les seuils en chiffre d'affaires pour bénéficier du régime demeurent inchangés : soit 32 600 euros

pour les activités de services et 82 000 euros pour les activités de vente.

Jacob BERREBI
Enseignant Droit privé

Principale évolution résultant de la loi Pinel : le régime de l'autoentrepreneur est simplifié puisque les régimes du micro-social et du micro-fiscal sont fusionnés.

Encore, l'article L. 123-1-1 du Code de commerce est abrogé par l'article 27 de la loi du 18 juin 2014 : les personnes dispensées d'immatriculation en vertu de cet article disposent d'un délai de douze mois à compter de l'entrée en vigueur de ce dispositif (pris en considération que la date de son entrée en vigueur sera fixée par décret et interviendra, au plus tard, dans les six mois à compter du 19 juin 2014).

Enfin, l'immatriculation à un registre est désormais obligatoire pour les artisans en général, y compris les autoentrepreneurs exerçant une activité artisanale.

B – Concernant l'EIRL

Les modifications législatives concernant l'entreprise individuelle à responsabilité limitée sont également limitées.

D'une part, les formalités et publicités qui tenaient jusqu'à présent les EIRL sont allégées : l'entrepreneur n'est plus obligé de déposer l'ensemble de ses comptes annuels. Il n'est plus tenu que de déposer annuellement son bilan. Cet élément est suffisant pour permettre aux tiers intéressés de connaître de l'évolution du patrimoine affecté. Les entrepreneurs soumis au

régime micro ne sont toujours pas obligés de déposer leur bilan et peuvent se contenter d'un relevé d'actualisation de la déclaration d'affectation.

D'autre part, l'entrepreneur individuel qui souhaite se placer sous le régime protecteur de l'EIRL peut désormais se contenter de présenter son dernier bilan d'ouverture. Une condition néanmoins pour bénéficier de cet allègement : l'entrepreneur doit être établi depuis moins de 4 mois. Les droits d'enregistrement sont supprimés. Ces mesures visent à faciliter le passage en EIRL.

À côté de ces modifications mineures, la loi Pinel présente davantage d'intérêt s'agissant du statut des baux commerciaux.

II – LE STATUT DES BAUX COMMERCIAUX DANS LA LOI PINEL

Bien qu'il ne s'agisse pas de la grande réforme attendue des baux commerciaux, la modernisation du statut des articles L. 145-1 et suivants du Code de commerce est résolument l'objet principal de la loi Pinel, tant en ce qui concerne le champ d'application du statut (A) que le régime qui en découle (B).

A titre liminaire, l'on notera que la date d'entrée en vigueur des nouvelles dispositions est progressive. Si l'essentiel du dispositif de la loi Pinel concernant le statut des baux commerciaux a vocation à entrer en vigueur dès le 1^{er} septembre prochain (ex. concernant la durée des baux dérogatoires). D'autres mesures nécessitant la mise en place de procédures spécifiques en pratique n'entreront en vigueur que le 1^{er} décembre 2014 (nouvelles règles concernant le droit de préférence octroyé au preneur en cas de vente du local par le bailleur).

A – Concernant le champ d'application du statut

Concernant son champ d'application, trois modifications du statut sont notables.

D'abord, l'article 145-4 du Code de commerce dispose toujours que la durée d'un bail commercial soumis au statut ne saurait, en principe, être inférieure à une durée de neuf ans. Cependant, avant la loi Pinel, le preneur

avait la faculté de donner congé à l'expiration d'une période triennale, sauf convention contraire. La loi du 18 juin 2014 maintient cette faculté au profit du preneur, tout en la renforçant dès lors que la convention contraire n'est plus possible pour les baux d'une durée de neuf ans. La possible exclusion conventionnelle du droit de résiliation unilatérale du preneur demeure pour les baux conclus pour une durée supérieure à neuf ans, pour les baux des locaux construits en vue d'une seule utilisation, les baux des locaux à usage exclusif de bureaux et ceux des locaux de stockage.

Ensuite, l'article L. 145-5 du Code de commerce est également modifié, relativement aux baux dérogatoires. Jusqu'à présent, de tels baux dérogatoires successifs pouvaient être conclus pour une durée inférieure ou égale à deux ans (Civ. 3^{ème}, 19 janvier 2005, solution prétorienne consacrée par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008). La loi du 18 juin 2014 porte la durée maximale de ces baux dérogatoires à trois ans. Encore, il est constant en jurisprudence qu'à l'issue d'un bail dérogatoire, si le preneur reste dans les lieux sans que le bailleur ne s'y soit formellement opposé, un nouveau bail est réputé conclu, lequel sera soumis par principe au statut des baux commerciaux (Civ. 3^{ème}, 6 avril 2011). La loi du 18 juin 2014 entérine cette solution en introduisant une modalité salutaire : le preneur doit être resté dans les lieux au moins un mois après l'expiration du bail dérogatoire pour que soit considéré conclu un nouveau bail commercial. Autrement dit, un délai d'un mois est accordé aux parties pour faire diligences et ainsi éviter que le régime statutaire trouve à s'appliquer (au principal, un tel délai profite logiquement au bailleur). Au surplus, l'article L. 145-5-1 offre une définition largement inspirée de la jurisprudence des conventions d'occupation précaire : « *Est une convention d'occupation précaire la convention qui se caractérise, quelle que soit sa durée, par le fait que l'occupation des lieux n'est autorisée qu'à raison de circonstances particulières indépendantes de la seule volonté des parties* ».

Enfin, l'article L. 145-13 du Code de commerce subordonnait le droit au renouvellement du bail à la condition de nationalité française du preneur. Or, dans un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation en date

du 9 novembre 2011, les hauts conseillers avaient décidé qu'une telle disposition, non justifiée par un motif d'intérêt général, constituait une discrimination prohibée par l'article 14 de la CESDH. La loi Pinel relève la pertinence de la décision de la Haute juridiction et abroge l'article L. 145-13 du Code de commerce, ainsi que l'article L. 145-23 du même code qui subordonnait à la même condition, de reprise du bailleur.

Pour finir sur le champ d'application du statut, l'on notera que l'ambition initiale dans le projet de loi de prévoir un dispositif spécial pour les échoppes, stands fixes, « corners » et autres emplacements dans l'enceinte d'un lieu de vente, a été abandonnée face à la difficulté de poser une règle générale et de trouver un critère satisfaisant pour faire le départ entre ceux qui mériteraient le bénéfice du statut et ceux qu'il faudrait exclure.

B – Concernant le régime applicable en raison du statut

Concernant le régime statutaire, quatre modifications sont remarquables.

D'abord, la loi Pinel introduit de nouvelles modalités dans le statut, concernant l'entrée dans les lieux et la répartition des charges entre bailleur et locataire, questions qui font l'objet d'un (trop) important contentieux notamment au cours des dernières années (pour des exemples : Civ. 3^{ème}, 13 juin 2012 ; Civ. 3^{ème}, 3 octobre 2012 ; Civ. 3^{ème}, 6 mars 2013). Relativement à l'entrée dans les lieux du preneur, la loi du 18 juin 2014 impose l'obligation d'établir un état des lieux lors de la prise de possession par le preneur et lors de la restitution. Par principe, l'état des lieux est contradictoire et amiable ; par exception, un tiers mandaté par les parties peut le dresser. À défaut de dresser l'état des lieux, le preneur sera, en vertu du droit commun du bail, présumé simplement les avoir reçus en bon état de réparations locatives et devra les rendre comme tels. Concernant la répartition des charges, les nouveaux articles L. 145-40-1 et L. 145-40-2 du Code de commerce offrent au preneur une certaine visibilité sur les charges à venir qui vont peser sur lui. Le bail commercial devra désormais comprendre un inventaire des charges locatives et impôts liés au bail

commercial et préciser qui du bailleur ou du preneur s'en trouve le débiteur.

Ensuite, les modalités de révision du loyer sont profondément modifiées. La loi Pinel supprime la référence à l'indice du coût de la construction (ICC) et vise désormais deux autres indices de référence : l'indice des loyers commerciaux (ILC) et l'indice des loyers des activités tertiaires (ILAT). Ces indices vont servir de base pour la révision triennale légale du loyer. Les parties ont le choix entre ces deux indices et doivent préciser leur choix dans le contrat de bail commercial. Reste que la principale mesure en la matière concerne la question particulièrement sensible du déplaçonnement du loyer lors de la révision triennale ou lors de son renouvellement. Alors que sous l'empire de la loi ancienne, le calcul du loyer de déplaçonnement donnait lieu à de fastidieux calculs et parfois à de désagréables surprises pour le preneur, la loi du 18 juin 2014 prévoit qu'en cas de déplaçonnement « *la variation de loyer qui en découle ne peut conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10 % du loyer acquitté au cours de l'année précédente* ». Le texte sera notamment applicable dans l'hypothèse traditionnelle retenue par l'article L. 145-38 du Code de commerce en cas de fixation du loyer révisé à la valeur locative du fait d'une modification matérielle des facteurs locaux de commercialité ayant entraîné par elle-même une variation de plus de 10 % de la valeur locative. Encore, un article L. 145-46-1 est créé dans le Code de commerce afin d'instaurer un droit de préemption au preneur en cas de vente du local par le bailleur. Les deux premiers aliénés du nouveau texte prévoit, en effet, que « *Lorsque le propriétaire d'un local à usage commercial ou artisanal envisage de vendre celui-ci, il en informe le locataire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, ou remise en main propre contre récépissé ou émargement. Cette notification doit, à peine de nullité, indiquer le prix et les conditions de la vente envisagée. Elle vaut offre de vente au profit du locataire. Ce dernier dispose d'un délai d'un mois à compter de la réception de cette offre pour se prononcer. En cas d'acceptation, le locataire dispose, à compter de la date d'envoi de sa réponse au bailleur, d'un délai de deux mois pour la réalisation de la vente. Si, dans sa réponse, il notifie son intention de recourir à un prêt,*

l'acceptation par le locataire de l'offre de vente est subordonnée à l'obtention du prêt et le délai de réalisation de la vente est porté à quatre mois. Si, à l'expiration de ce délai, la vente n'a pas été réalisée, l'acceptation de l'offre de vente est sans effet ».

Enfin, l'article L. 145-15 du Code de commerce est modifié : le texte antérieur prévoyait que « *sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui ont pour effet de faire échec au droit de renouvellement* ». Le texte issu de la loi Pinel substitue à la nullité, le caractère non écrit de ces clauses. La conséquence est remarquable : alors que la nullité était soumise à la prescription biennale de l'article L. 145-60 du Code de commerce, la réputation non écrite est imprescriptible. Implicitement, ce changement renforce le caractère impératif du droit au renouvellement du bail et la protection du preneur qui ne se verra pas imposer ces clauses malgré son inaction pendant deux ans.

L'actualité

Droit des obligations Jacob BERREBI Enseignant de Droit privé

1/Des limites de l'enrichissement sans cause... Civ. 1^{re}, 18 juin 2014, pourvoi n° 13-13553

Alors que la réforme prochaine du droit des obligations ambitionne la consécration dans le Code civil du quasi-contrat d'enrichissement sans cause (sous l'appellation « enrichissement injustifié »), la Cour de cassation ne cesse de consolider et d'étayer ce mécanisme (V. déjà, Civ. 1^{re}, 11 mars 2014, BMA 2014/4, p. 14).

Dans la présente affaire, la Cour régulatrice confronte l'action de *in rem verso* au dispositif spécial régissant notamment l'intervention des agents immobiliers dans le cadre des opérations immobilières, prévu par la loi du 2 janvier 1970 et le décret du 20 juillet 1972. Ces textes d'ordre public prévoient notamment que l'intervention d'un agent et son droit à rémunération sont conditionnés à la conclusion par l'agent immobilier et l'une des parties à l'opération d'un mandat écrit préalable.

Or, en l'espèce, un agent immobilier réclame le paiement de sa commission auprès d'un acquéreur d'un terrain qu'il avait trouvé, alors même qu'il n'avait pas conclu avec cet acquéreur un mandat écrit pour ce faire. Il agit à l'encontre de ce dernier arguant, à titre principal, que l'acquéreur s'était engagé à reprendre les engagements d'un tiers qui avait donné mandat à l'agent immobilier et, à titre subsidiaire, que l'acquéreur a tiré sans cause un bénéfice de son travail. Les magistrats d'appel font droit sur ce second fondement à la demande.

La Cour de cassation censure l'arrêt au triple visa de l'article 1371 du Code civil, de l'article 6 de la loi du 2 janvier 1970 et de l'article 72 du décret du 20 juillet 1972. La Haute juridiction décide que « les règles de l'enrichissement sans cause ne peuvent tenir en échec les dispositions d'ordre

public [susvisées] ». Autrement dit, l'agent immobilier ne peut trouver aucun secours dans l'action de *in rem verso* quand il effectue une recherche, même fructueuse, dans le cadre d'une opération immobilière sans avoir reçu un mandat écrit préalable pour ce faire. La solution est sévère, néanmoins parfaitement logique : en pareille hypothèse, appliquer le droit commun des obligations et la technique de l'enrichissement sans cause, n'aurait d'autres conséquences que de faire échec à l'impérativité du dispositif spécial.

2/De l'intensité de l'obligation et de la responsabilité contractuelle Civ. 1^{re}, 18 juin 2014, pourvoi n° 13-14843

Dans le présent arrêt, la Cour de cassation fournit une nouvelle illustration de la distinction entre obligation de moyens et obligation résultat et des conséquences de cette dichotomie sur le droit de la responsabilité contractuelle.

En l'espèce, une association d'élèves d'une école d'ingénieurs organise une soirée au cours de laquelle, Monsieur Yann X décède, en toute vraisemblance, d'une noyade par hydrocution. Les consorts X agissent à l'encontre de l'association en responsabilité contractuelle.

Précisément, il est reproché à l'association d'avoir manqué à son obligation contractuelle de sécurité, notamment en considération du fait que Monsieur Yann X s'était présenté à la soirée en état d'ébriété et que les agents de sécurité auraient dû lui refuser l'accès. La cour d'appel repousse leurs prétentions, ce qui les conduit à saisir la Cour de cassation.

Les hauts conseillers rejettent également leur pourvoi, en suite d'un attendu de solution dont les termes très factuels reprennent pour l'essentiel les constatations des juges du fond. Au principal, l'on retiendra que la Haute juridiction souligne que l'association organisatrice n'était tenue que d'une obligation de sécurité de moyens à l'égard des participants de la soirée. Or, les conseillers d'appel ont constaté que l'association avait conclu un contrat avec une société de surveillance dont les

termes renvoyaient explicitement à des mesures de sécurité jugées suffisantes. Dès lors, la cour d'appel a pu valablement considérer que l'association n'avait commis aucune faute susceptible d'engager sa responsabilité.

3/La caducité de l'offre en cas de décès du pollicitant

Civ. 1^{ère}, 25 juin 2014, pourvoi n°13-16.529

Les faits de l'espèce n'importent nullement en l'espèce. La Cour de cassation était interrogée sur le point de savoir quel est le sort d'une offre sans délai stipulé en cas de décès du pollicitant. Dans cet arrêt du 25 juin 2014, la Haute juridiction réitère une solution qu'elle avait déjà posée auparavant dans une décision importante de la troisième chambre civile de la Cour de cassation en date du 10 mai 1989 (Civ. 3^{ème}, 10 mai 1989) : l'offre formulée sans délai stipulé est caduque en suite du décès du pollicitant.

Un doute demeurait quant à la valeur et la portée de décision de 1989 et notamment s'était posée la question de savoir si la Haute juridiction n'avait pas opéré un revirement de jurisprudence en décidant, en 1997, que l'offre faite à personne déterminée et assortie d'un délai n'est pas caduque en cas de décès du pollicitant (Civ. 3^{ème}, 10 décembre 1997).

La répétition de la solution de 1989 conforte l'idée que ces solutions sont complémentaires. L'arrêt du 25 juin 2014 met ainsi l'accent sur le critère du délai pour distinguer du sort de l'offre en cas de décès du pollicitant. L'offre avec délai stipulé oblige les héritiers de la personne décédée, quand l'offre sans délai est caduque en suite de ce décès.

4/De la causalité entre la faute du notaire et le préjudice de l'acheteur

Civ. 1^{ère}, 2 juillet 2014, pourvoi n°13-17.894

La présente décision rappelle l'importance de la causalité comme condition de la responsabilité. En l'espèce, un couple achète un bien immobilier, un terrain. Après la conclusion de l'acte authentique, les acheteurs découvrent que le terrain est grevé d'un bail rural. Or, il est constant, en l'espèce, que le couple souhaitait exploiter personnellement les terres. Les acheteurs agissent logiquement en annulation de la vente, mais également recherchent la

responsabilité du notaire pour manquement à son obligation d'information.

Les juges du fond condamnent le notaire sur le fondement de la responsabilité délictuelle (fort justement, les conseillers d'appel relèvent que l'obligation de conseil du notaire est une obligation légale et son inobservation est source de responsabilité délictuelle). Le notaire se pourvoit en cassation reprochant à la cour d'appel d'avoir constaté sa faute et de l'avoir condamné à réparer notamment, au titre du préjudice, la perte d'exploitation et le manque à gagner consécutif.

C'est sur ce dernier point que le pourvoi arrive à convaincre les hauts conseillers. D'où la cassation partielle de l'arrêt d'appel sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. La Cour régulatrice reproche aux juges du fond d'avoir condamné le notaire à la réparation d'un préjudice qui ne trouve pas sa cause dans la faute du notaire. En effet, le seul préjudice des acheteurs qui trouve son origine dans le manquement du notaire à son obligation d'information est la perte de chance de ne pas conclure le contrat de vente ou de le conclure à des conditions meilleures. En ce sens l'on peut rapprocher la présente décision d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation de 2012 rendu en matière de franchise (Com. 31 janvier 2012) ou, de manière plus indirecte, du célèbre arrêt *Manoukian* (Com. 26 novembre 2003).

5/Rien de nouveau concernant l'obligation de minimiser son dommage

Civ. 1^{ère}, 2 juillet 2014, pourvoi n°13-17.599

L'obligation de mitigation ou obligation de minimiser le dommage existe-t-elle en droit français ? L'on ne sait plus le nombre de fois où la Cour de cassation a été interrogée sur ce point. Certains auteurs l'ambitionnent, mais leurs arguments (cohérence, bonne foi, etc.) ne prospèrent pas dans l'esprit de la Cour de cassation qui refuse de consacrer de manière générale une telle obligation, ce dont témoigne la présente décision.

En l'espèce, une société civile immobilière achète un logement en VEFA. Après conseils pris auprès de plusieurs notaires, les associés de la SCI pensent avoir droit à une réduction d'impôts en suite de cette opération. L'administration

fiscale leur propose une rectification qu'ils refusent. Les associés assignent en responsabilité le promoteur et les notaires, pour manquement à leur devoir de conseil. Les juges du fond condamnent notamment les notaires, qui saisissent la Cour de cassation arguant que les associés de la SCI ont commis une faute en refusant la rectification proposée par l'administration fiscale, ce dont n'aurait pas tenu compte la cour d'appel.

La Haute juridiction rejette immanquablement le pourvoi en décidant que « *l'auteur d'un dommage doit en réparer toutes les conséquences et la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable* ». La victime ne commet aucune faute en ne recherchant pas à minimiser son dommage, quand bien même elle en aurait eu les moyens. On remarquera que l'affirmation vaut a priori indépendamment de la nature du préjudice en cause, corporel ou matériel (Civ. 2^{ème}, 19 juin 2003). Dans le présent arrêt, le préjudice en cause était évidemment de nature économique sans que cela ne modifie d'une quelconque manière le refus des juges de consacrer une obligation de minimiser son dommage à la charge de la victime.

Droit de la Famille
Franck TOURET
Enseignant de Droit privé

1/Le mariage reconnu comme une liberté fondamentale par le Conseil d'État
CE, ord., 9 juil. 2014, n° 382145

Le juge des référés du Conseil d'État, par une ordonnance du 9 juillet 2014, a reconnu que la liberté de se marier est une liberté fondamentale.

En l'espèce, un ressortissant sénégalais résidant au Maroc et son compagnon français souhaitent se marier. Or, la législation marocaine refuse le mariage de personnes de même sexe. Ainsi, afin de réaliser leur projet de mariage, le ressortissant sollicite une délivrance d'un visa pour se marier en France. Cette demande est rejetée. Le juge des référés du Conseil d'État est

donc saisi. Premièrement, le Conseil d'État considère que la liberté de se marier est une liberté fondamentale. Deuxièmement, le refus de visa porte une atteinte grave et manifestement illégale à l'exercice de la liberté de se marier. En conséquence, il enjoint au ministre de l'Intérieur de délivrer sous vingt-quatre heures au requérant un visa lui permettant d'entrer en France et d'y séjourner le temps de célébrer son mariage. Pour rappel, le Conseil constitutionnel, dans ses décisions du 13 août 1993 et du 20 novembre 2003, avait consacré la liberté du mariage comme une composante de la liberté individuelle.

2/La contribution aux charges du mariage et le prononcé du divorce

Civ. 1re, 9 juil. 2014, pourvoi n° 13-19.130

En l'espèce, les juges du fond ont prononcé le divorce pour l'altération définitive du lien conjugal, ordonné la liquidation du régime matrimonial, condamné l'époux au versement d'une prestation compensatoire et rejeté la demande de l'épouse tendant à l'octroi d'une indemnité due au titre de l'obligation de contribution aux charges du mariage pour la période antérieure à l'ordonnance de non-conciliation. À la suite du rejet de cette dernière demande, l'épouse forme un pourvoi. La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que le JAF ne peut, lorsqu'il prononce le divorce et hors le cas prévu par l'article 267, alinéa 4, du Code civil, statuer sur une demande de contribution aux charges du mariage portant sur la période antérieure à l'ordonnance de non-conciliation. La première chambre civile fait une application stricte de l'article 258 du Code civil qui affirme que « *lorsqu'il rejette définitivement la demande en divorce, le juge peut statuer sur la contribution aux charges du mariage, la résidence de la famille et les modalités de l'exercice de l'autorité parentale* ». *A contrario*, lorsque le juge accède à la demande en divorce, il ne peut pas statuer sur la fixation de la contribution des époux aux charges du mariage. Toutefois, l'article 267 du Code civil prévoit un tempérament en cas de désaccords persistants entre les époux relativement au projet de liquidation du régime matrimonial établi par le notaire désigné en application du 10° de l'article 255 du Code civil.

3/Condamnation par la CEDH des modalités de versement de la prestation compensatoire CEDH, 10 juill. 2014, aff. 4944/11, Milhau c/ France

La Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France pour violation de l'article 1er du Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme garantissant le droit de propriété des individus.

En l'espèce, un jugement prononçant le divorce aux torts exclusifs de l'époux obligeait l'époux à verser une prestation compensatoire, qui devait être réglée par l'abandon de ses droits de propriété sur un bien immobilier. Or, l'époux souhaitait s'acquitter de sa dette par le versement d'un capital. Il a donc saisi la CEDH pour violation du Protocole n° 1 par la France pour la privation de son droit de propriété. La CEDH considère « *qu'il y a eu rupture du juste équilibre devant régner entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu* ». De surcroît, le requérant a « *supporté une charge spéciale et exorbitante* », que « *seule aurait pu rendre légitime la possibilité de proposer de s'acquitter de sa dette par un autre moyen mis à sa disposition par la loi, à savoir par le versement d'une somme d'argent ou le transfert de ses droits de propriété sur un ou plusieurs autres biens* ».

4/Condamnation de la France pour refus de transcription d'un acte de naissance d'un enfant issu d'une GPA

CEDH, 26 juin 2014, aff. 65941/11, Labassee c/ France ; CEDH, 26 juin 2014, aff. 65192/11 : Mennesson c/ France

La CEDH a condamné la France dans deux recours déposés par des couples dont les enfants, nés légalement aux États-Unis d'une mère porteuse, n'ont pas été inscrits à l'état civil français (Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, Affaire Mennesson et Labassee). Tout d'abord, la CEDH affirme la non-violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme s'agissant du droit des requérants au respect de leur vie familiale. En revanche, elle retient une violation de l'article 8 s'agissant du droit des enfants au

respect de leur vie privée. La Cour constate que, sans ignorer que les enfants ont été identifiés aux États-Unis comme étant ceux des époux Mennesson ou Labassee, la France leur nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique. Elle considère que cette contradiction porte atteinte à l'identité des enfants au sein de la société française. Ensuite, elle relève que la jurisprudence empêche totalement l'établissement du lien de filiation entre les enfants nés d'une gestation pour autrui – régulièrement – réalisée à l'étranger et leur père biologique, ce qui va au-delà de ce que permet l'ample marge d'appréciation qu'elle reconnaît aux États dans leurs décisions relatives à la GPA. Elle rappelle que le droit à l'identité « *fait partie intégrale de la notion de vie privée et qu'il y a une relation directe entre la vie privée des enfants nés d'une gestation pour autrui et la détermination juridique de leur filiation* ». Elle estime qu'« *interdire totalement l'établissement d'un lien de filiation entre un père et ses enfants biologiques* » est contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme. Enfin, la CEDH précise que cette condamnation ne porte pas sur le choix de la France d'interdire la GPA.

5/Report des effets du jugement de séparation de corps à la cessation de la cohabitation Civ. 1re, 12 juin 2014, pourvoi n° 13-16.044

En application des articles 262-1 et 302 du Code civil, le juge peut fixer les effets patrimoniaux du jugement de séparation de corps à la date à laquelle les époux ont cessé de cohabiter ou de collaborer.

Les juges du fond avaient prononcé la séparation de corps de deux époux pour altération définitive du lien conjugal, mais avaient rejeté la demande du mari tendant à reporter les effets patrimoniaux de la séparation à la date de la séparation de fait, pour fixer cette date au jour du prononcé de l'ordonnance de non-conciliation. La première chambre civile de la Cour de cassation cassa l'arrêt d'appel au visa des articles 262-1 et 302 du Code civil. L'article 302 opère un renvoi aux articles 262 à 262-2 pour les effets de la séparation de corps sur les biens. L'article 262-1 précise que le jugement de divorce prend effet, dans les rapports entre époux, en ce qui concerne leurs biens, à une date dépendant du cas de divorce choisi, avec

possibilité pour les époux d'en demander le report à la date de cessation de la cohabitation et de la collaboration des époux. Ainsi, la Cour de cassation applique pleinement les règles relatives aux effets patrimoniaux du divorce énoncées par les articles 262 à 262-2 en matière de séparation de corps, comme le prescrit l'article 302 du Code civil.

6/Inconstitutionnalité des sommes non prises en considération pour le calcul de la prestation compensatoire

Cons. const. QPC, 2 juin 2014, n° 2014-398

L'alinéa 2 de l'article 272 du Code civil prévoit que « *dans la détermination des besoins et des ressources, le juge ne prend pas en considération les sommes versées au titre de la réparation des accidents du travail et les sommes versées au titre du droit à compensation d'un handicap* ». Le Conseil constitutionnel a jugé que ces dispositions méconnaissent l'égalité devant la loi et les a déclarées contraires à la Constitution. D'une part, en excluant des éléments retenus pour le calcul de la prestation compensatoire les sommes versées au titre de la réparation des accidents du travail, le second alinéa de l'article 272 du Code civil empêche de prendre en compte des ressources destinées à compenser, au moins en partie, une perte de revenu alors que, par ailleurs, toutes les autres prestations sont prises en considération dès lors qu'elles assurent un revenu de substitution. D'autre part, en application de l'article 271 du Code civil, il incombe au juge, pour fixer la prestation compensatoire selon les besoins et ressources des époux, de tenir compte notamment de leur état de santé. En excluant la prise en considération des sommes versées à titre de compensation du handicap dans la détermination des besoins et ressources, les dispositions contestées ont pour effet d'empêcher le juge d'apprécier l'ensemble des besoins des époux, et notamment des charges liées à leur état de santé.

L'abrogation du second alinéa de l'article 272 du Code civil prend effet à compter de la publication de la décision et est applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date. En revanche, les prestations compensatoires fixées par des décisions définitives en application des dispositions

déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être remises en cause sur le fondement de cette inconstitutionnalité.

7/Prestation compensatoire sous forme d'attribution en pleine propriété d'un immeuble commun

Civ. 1re, 28 mai 2014, pourvoi n° 13-15.760

Les juges du fond avaient octroyé une prestation compensatoire à l'épouse d'un montant de 82 500 euros, tout en imposant au mari d'abandonner la part dont il était titulaire dans un appartement commun en règlement de cette prestation.

La Cour de cassation casse l'arrêt, au visa de l'article 274 du Code civil, en considérant que les juges du fond n'avaient pas constaté que les modalités prévues par le 1° de ce texte n'étaient pas suffisantes pour garantir le versement de la prestation compensatoire. L'article 274 du Code civil détermine les modalités d'exécution de la prestation compensatoire sous forme de capital. Elle peut être réalisée par le versement d'une somme d'argent, mais également par l'attribution « *de biens en propriété ou d'un droit temporaire ou viager d'usage, d'habitation ou d'usufruit* ». Cette dernière hypothèse, qui revêt un caractère subsidiaire, impose aux juges du fond de s'expliquer sur les insuffisances d'une prestation sous forme de somme d'argent dont le versement serait garanti par les différentes sûretés prévues par le 1° de l'article 274 du Code civil avant de pouvoir ordonner l'attribution d'un bien en pleine propriété au profit du créancier de cette prestation.

8/PMA, en attente d'un avis de la Cour de cassation

Les tribunaux de Poitiers et d'Avignon ont saisi la Cour de cassation sur la question de la validité de l'adoption, par la conjointe homosexuelle de la mère biologique, de l'enfant conçu à l'étranger par procréation médicalement assistée.

L'avis est attendu. En effet, la jurisprudence est incertaine sur la validité des demandes. À titre d'illustration, le TGI de Versailles avait refusé de faire droit à l'adoption au nom de la fraude (TGI Versailles, 29 avr. 2014, n° 13/00168), tandis que le tribunal de grande instance de Lille avait

accepté la demande (TGI Lille, 17 oct. 2013). L'avis de la Cour de cassation est attendu d'ici trois mois.

Droit des affaires
Anne-Sophie Lefèvre
Avocat à la Cour

La responsabilité du dirigeant pour défaut de déclaration de créance

Com. 27 mai 2014, pourvoi n° 12-28657

Au cours des derniers mois, la Cour de cassation a multiplié les décisions relatives à la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux à l'égard des tiers (V. notamment, Com. 4 février 2014, BMA 2014/3, p. 19). En témoigne ce nouvel arrêt rendu par sa formation commerciale en date du 27 mai 2014.

Il n'est pas rare pour la Cour régulatrice de se voir interrogée sur des questions au carrefour du droit des sociétés et du droit des procédures collectives. En général, la Haute juridiction fait alors application du droit des entreprises en difficulté qui, le cas échéant, absorbe le droit des sociétés, qui s'applique le plus souvent aux sociétés in bonis. L'observation vaut notamment lorsque se trouve en cause la responsabilité du dirigeant de sociétés. Le droit des procédures collectives prévoit ainsi notamment un dispositif spécial de responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif (article L. 651-2 du Code de commerce).

L'intérêt premier de la présente décision se révèle à l'aune de ces observations liminaires : la Cour de cassation rappelle que le droit des sociétés, qu'il soit d'origine légale ou prétorienne, trouve à s'appliquer hors les hypothèses particulières du droit des procédures collectives.

En l'espèce, le gérant de deux SARL (mère et filiale) placées en redressement puis en liquidation est poursuivi en responsabilité civile personnelle par le liquidateur de l'une d'entre elles, pour défaut de déclaration de créance. Précisément, lui est reproché l'omission de déclaration au passif de la SARL-mère du

montant du compte courant d'associé de la SARL-filiale.

La question posée était donc celle de connaître des conditions de cette action. Les conditions prétorienne de la responsabilité du dirigeant de société à l'égard des tiers et notamment l'exigence d'une faute séparable des fonctions doivent-elles être réunies ?

Sans ambages, la Haute juridiction répond de manière positive. Sur le fondement de l'article L. 223-22 alinéa 1er du Code de commerce, les hauts conseillers relève que « le gérant d'une SARL est personnellement responsable envers les tiers des fautes commises dans sa gestion, lorsqu'elles sont séparables de ses fonctions ». Dès lors, engage sa responsabilité le gérant qui commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions. Se retrouve dans cette dernière phrase, la formule traditionnelle de l'arrêt Seusse (Com. 20 mai 2003).

La précision de la solution révèle alors le second intérêt de l'arrêt : les hauts conseillers soulignent que la faute séparable des fonctions peut être caractérisée dans le cadre même de la gestion de la société par le dirigeant et donc dans le cadre de ses fonctions. La faute séparable des fonctions n'a donc jamais aussi mal porté son nom. Une faute séparable des fonctions peut être caractérisée alors que le dirigeant agit dans le cadre de sa mission. L'affirmation n'est pas nouvelle (V. le très important arrêt, Com. 10 février 2009) et méritait d'être rappelée.

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

Invalidité des forfait-jours de l'expert-comptable

Cass.Soc.14 mai 2014 :

Par deux arrêts du 14 mai 2014, la Chambre sociale de la Cour de cassation invalide les forfaits jours relevant de la Convention collective nationale des cabinets d'experts-comptables du 9 décembre 1974.

Après la convention collective des industries chimiques, la convention collective nationale du commerce de gros et la convention de forfait en jours du secteur Syntec, c'est au tour de la convention collective des experts comptables et des commissaires aux comptes d'être censurée par la Cour de cassation.

Rappelons que les conventions de forfait en jours sur l'année permettent de rémunérer certains salariés sur la base d'un nombre de jours travaillés annuellement, laissant ainsi au salarié plus de liberté pour organiser son emploi du temps. Pour pouvoir être mis en œuvre, ce type de convention doit faire l'objet d'un accord collectif puis donner lieu à la conclusion d'une convention individuelle avec chaque salarié concerné.

L'enjeu est de taille puisque les salariés ayant conclu une convention de forfait en jours sur l'année ne sont pas soumis aux dispositions des articles suivants du Code du travail :

- -L. 3121-10, qui fixe la durée légale hebdomadaire du travail à 35 heures ;
- -L. 3121-34, qui prévoit que la durée quotidienne de travail effectif d'un salarié ne peut excéder 10 heures, sauf dérogations.

Les salariés en forfait jours sur l'année ne relèvent également pas des dispositions relatives aux heures supplémentaires (contingent d'heures supplémentaires, contrepartie obligatoire en repos, majorations). Ils bénéficient en revanche des dispositions du Code du travail relatives au repos quotidien, hebdomadaire, aux jours fériés chômés dans l'entreprise, aux congés payés.

Dans un arrêt rendu le 29 juin 2011, la chambre sociale de la Cour de cassation a statué sur les conditions de validité du forfait jours. Tout en reconnaissant la licéité du forfait jours, tant au regard du droit national que du droit européen, la Cour de cassation entoure le recours à ce dispositif d'un certain nombre de garanties destinées à préserver le droit des salariés à la santé et au repos qui, selon la Cour, « *est au nombre des exigences constitutionnelles* ».

Plus précisément, deux conditions cumulatives sont requises :

- un accord collectif doit fixer le cadre des conventions de forfait en jours sur l'année en préservant le droit des salariés à la santé et au repos ce qui implique des mesures concrètes de nature à assurer le respect du décompte effectif des jours et demi-journées travaillées ainsi que des repos, journaliers (11 heures) et hebdomadaires (24 heures, auquel s'ajoute le repos quotidien, soit 35 heures au total) ;
- l'employeur doit s'assurer du respect des stipulations de l'accord collectif et des garanties prévues par la loi. Le repos quotidien et hebdomadaire doit être effectif ;

A défaut, la convention de forfait en jours est privée d'effet.

C'est notamment ce qu'a jugé la Cour de cassation au sujet du forfait jour de la convention collective des industries chimiques le 31 janvier 2012 puis de la convention collective nationale du commerce de gros le 26 septembre 2012.

Plus récemment, par un arrêt du 24 avril 2013, la Cour de cassation a annulé une convention de forfait en jours du secteur Syntec en considérant que les dispositions de l'accord d'entreprise et celles de la convention collective nationale n'étaient pas de nature à garantir que « l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail du salarié ». Elle estimait donc que les garanties prévues par la convention collective Syntec étant insuffisantes au regard des exigences de la jurisprudence de la Cour de cassation

Par les arrêts du 14 mai 2014, la Chambre sociale de la Cour de cassation applique le même raisonnement au sujet de la convention collective des experts comptables et des commissaires aux comptes.

D'après les juges, les dispositions de l'article 8. 1. 2. 5 de cette convention collective ne sont pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge

de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié.

Plus précisément, la Cour de cassation a jugé que : *« les dispositions de l'article 8.1.2.5 de la convention collective nationale des cabinets d'experts-comptables et de commissaires aux comptes du 9 décembre 1974, qui se bornent à prévoir, en premier lieu, que la charge de travail confiée ne peut obliger le cadre à excéder une limite de durée quotidienne de travail effectif fixée à 10 heures et une limite de durée hebdomadaire de travail effectif fixée à 48 heures et que le dépassement doit être exceptionnel et justifié par le cadre, en deuxième lieu, qu'est laissé à l'employeur le soin de prendre les mesures pour assurer le respect des repos quotidiens et hebdomadaires, et, en troisième lieu, que le cadre disposant d'une grande liberté dans la conduite ou l'organisation des missions correspondant à sa fonction et dans la détermination du moment de son travail, le cadre et l'employeur examinent ensemble, afin d'y remédier, les situations dans lesquelles ces dispositions prises par l'employeur pour assurer le respect des repos journaliers et hebdomadaires n'ont pu être respectées, ne sont de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié »*. Ainsi tous les comptables salariés soumis à une convention de forfait en jours sont recevables à réclamer paiement des heures supplémentaires qu'ils auraient effectué au-delà de la durée de 35H. Elle rappelle en outre que le droit à la santé et au repos « est au nombre des exigences constitutionnelles ».

Procédure Pénale
Mikaël BENILLOUCHE
Enseignant de Procédure Pénale

1/ Un nouveau renforcement du droit d'appel en matière criminelle

Cons. const., 13 juin 2014, n° 2014-403, QPC

Depuis l'instauration de l'appel des arrêts d'assises et sa généralisation par les lois du 15 juin 2000 et du 4 mars 2002, on pensait que la matière demeurerait stable, c'était sans compter avec le Conseil constitutionnel.

En effet, les Sages de la rue Montpensier ont abrogé les dispositions de l'article 380-11 alinéa 5 CPP. Cette disposition rend caduc l'appel de l'accusé lorsqu'il a pris la fuite et qu'il n'a pu être retrouvé avant l'ouverture de l'audience ou au cours de son déroulement. Dès lors, selon le Conseil constitutionnel, l'accusé est privé de son droit de faire réexaminer l'affaire par la juridiction saisie. Il s'agit d'une atteinte disproportionnée au droit à un recours effectif et donc à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. L'abrogation de cette disposition est immédiate. Cette décision s'applique à toutes les affaires non jugées définitivement. Par ailleurs, afin de permettre le jugement en appel des accusés en fuite, le Conseil constitutionnel prévoit que ces derniers pourront être jugés selon la procédure du défaut en matière criminelle prévu par les articles 379-2 et suivants CPP.

2/ De la délicate conciliation entre action civile et action publique

Crim., 11 mars 2014, n° 12-88.131

En raison de l'abandon de l'unité des fautes civile et pénale, il est possible de retenir la responsabilité civile, et ce, malgré une relaxe au pénal. Cette possibilité a d'ailleurs été commentée dans ces colonnes récemment (Crim., 14 février 2014, BMA 2014/3, n° 5 p. 26). Toutefois, la Cour de cassation vient d'apporter quelques précisions à cette hypothèse dans un arrêt reposant sur des faits particulièrement graves.

En l'occurrence, un élève avait accusé un enseignant de violences. A l'issue de la garde à vue, l'enseignant s'est suicidé. Il s'est avéré que l'accusation était mensongère et avait pour origine la volonté de l'une de ses collègues et ancienne compagne de l'enseignant d'obtenir la garde de leur enfant commun. Celle-ci a donc été poursuivie pour abstention volontaire de témoigner en faveur d'un innocent, infraction réprimée par l'article 434-11 CP. La relaxe a été prononcée en première instance. Seule la partie civile a fait appel, de ce fait, l'arrêt d'appel ne

porte que sur les intérêts civils, la relaxe étant devenue définitive (article 497 3° CPP). La cour d'appel a alors indemnisé la partie civile sur le fondement de la faute civile qui aurait été commise. La Chambre criminelle casse la décision.

En effet, pour la Cour de cassation lorsque l'octroi de dommages-intérêts à la partie civile se fonde sur une faute civile du prévenu et non plus sur son infraction, encore faut-il que cette faute doive entrer dans les prévisions du texte d'incrimination. Implicitement, la Haute juridiction estime que les faits constitutifs de la faute civile doivent caractériser le délit pénal. Or, en l'occurrence, l'enseignant décédé n'ayant fait l'objet que d'une garde à vue, les éléments constitutifs de l'infraction n'étaient pas caractérisés.

3/ La conventionnalité du « plaider coupable » CEDH, 29 avril 2014, n° 9043/05, Natsvlishvili et Togonidze c. Géorgie

Alors qu'une proposition de loi a été récemment déposée au sénat afin de modifier la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (23 janvier 2014, TA n° 68), la Cour européenne des droits de l'homme a rendu une décision concernant la Géorgie relativement à une procédure similaire.

Au regard des exigences du procès équitable, le principe d'une telle procédure n'est pas critiquable (§ 90). La Cour admet ainsi la possibilité pour la personne poursuivie de renoncer à certains droits procéduraux, mais à des conditions précises (§ 91). Ainsi, le recours à la procédure du plaider coupable doit être accepté en pleine connaissance des faits de l'affaire et des conséquences juridiques. De plus, le contenu et les modalités de la négociation sur la peine doivent être soumis à un contrôle juridictionnel suffisant.

Concernant l'appel limité, la Cour a également considéré qu'il était possible de restreindre la possibilité d'appel et ce, sans méconnaître les dispositions de l'article 2 du Protocole n° 7.

En conclusion, il semble possible d'affirmer la conventionnalité des dispositions procédurales internes.

Droit Pénal

Mikaël BENILLOUCHE

Enseignant de Droit pénal

L'appréciation du délai d'un an, condition préalable de l'infraction de refus de se soumettre à un prélèvement biologique Crim., 17 juin 2014, n° 13-80.914

Le fichage des condamnés est considéré comme une mesure susceptible de prévenir la récidive et de faciliter la poursuite des infractions. Toutefois, encore faut-il que celui-ci soit effectif comme l'illustre la décision de la Chambre criminelle du 17 juin 2014.

En l'occurrence, un prévenu avait été condamné pour des violences aggravées à un mois d'emprisonnement avec sursis. Près de trois années après que la condamnation soit devenue définitive, le procureur de la République a requis un prélèvement biologique en vue de l'identification de l'empreinte génétique de l'intéressé sur le fondement de l'article R. 53-21 CPP. Le condamné a refusé de s'y soumettre. Il a donc été poursuivi sur le fondement des dispositions de l'article 706-56 CPP.

Toutefois, une difficulté existait dans la mesure où le prélèvement doit être requis dans un délai d'un an. Le tribunal a donc relaxé le prévenu. La cour d'appel s'est quant à elle fondée sur les dispositions de l'article 132-35 CP aux termes desquelles la condamnation prononcée avec sursis est réputée non avenue au bout de cinq années. De la sorte, le point de départ du délai d'un an se situait à l'expiration de ce délai de cinq ans.

L'arrêt a été cassé. Pour la Haute juridiction, le délai d'un an commence à courir à compter du jour où la condamnation était devenue définitive.

Droit public
Matthieu THAURY
Enseignant de droit public

Nouveau recul des mesures d'ordre intérieur : la décision prononçant un avertissement à l'encontre d'un détenu est susceptible d'être contestée devant le juge de l'excès de pouvoir. CE, 21 mai 2014, n° 359672 (Publié au recueil Lebon)

L'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 21 mai 2014 s'inscrit dans le mouvement de réduction de la catégorie des mesures d'ordre intérieur au sein de l'univers carcéral initié par l'arrêt *Marie* (CE Ass., 17 février 1995) et amplifié par les arrêts *Planchenault*, *Boussouard* et *Payet* (CE Ass., 14 décembre 2007 ; voir également, pour une application récente, CE, 13 novembre 2013, M. A, BMA du mois de janvier 20140, note Thaur). En l'espèce, une sanction d'avertissement avait été prononcée par la commission de discipline de la maison d'arrêt de Gradignan à l'encontre d'une détenue, Mme A, au motif que cette dernière avait enfreint les instructions arrêtées par le chef d'établissement interdisant le port de vêtements à capuche et refusé d'obtempérer aux injonctions d'un membre du personnel pénitentiaire de s'y conformer. Mme A avait alors exercé un recours hiérarchique devant le directeur interrégional des services pénitentiaires de Bordeaux. Le silence gardé par ce dernier pendant plus d'un mois fit naître une décision implicite de rejet qui fut annulée par le tribunal administratif de Bordeaux saisi d'un recours en excès de pouvoir par Mme A, solution confirmée par la juridiction d'appel. Saisi en cassation, le Conseil d'Etat va admettre la recevabilité du recours en affirmant qu'« *eu égard à leur nature et à leurs effets sur la situation des personnes détenues, les décisions par lesquelles le président de la commission de discipline prononce une sanction d'avertissement sont au nombre des décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir* ». Pour justifier cette solution, la Haute juridiction administrative emploie une démarche comparable à celle utilisée dans l'arrêt

Boussouar (préc.) à propos des décisions de changement d'affectation d'un détenu d'un établissement pour peines à une maison d'arrêt. Elle se fonde, en effet, sur les incidences importantes qu'une telle sanction peut avoir pour la personne détenue. En effet, il résulte des dispositions de l'article D. 250-6 du code de procédure pénale (abrogé par le décret du 23 décembre 2010) que le chef d'établissement avise le juge de l'application des peines de toute décision par laquelle une sanction disciplinaire est prononcée, y compris lorsqu'il s'agit d'un avertissement. En outre, si la sanction d'avertissement ne fait pas l'objet d'un rapport à la commission de l'application des peines, le juge de l'application des peines ainsi informé par le chef d'établissement peut néanmoins, le cas échéant, en tenir compte pour retirer une réduction de peine ou, plus généralement, refuser une réduction de peine supplémentaire, une permission de sortir ou un aménagement de peine. Enfin, la sanction d'avertissement, qui figure au dossier disciplinaire de la personne détenue, peut constituer, en cas de nouvelles poursuites disciplinaires pour d'autres faits, une circonstance aggravante prise en compte par la commission de discipline.

Par suite, le Conseil d'Etat considère qu'en jugeant que Mme A. était recevable à déférer, par la voie de l'excès de pouvoir, la décision née du silence gardé pendant plus d'un mois par le directeur interrégional des services pénitentiaires, la cour administrative d'appel de Bordeaux n'a pas commis d'erreur de droit et que le pourvoi du garde des sceaux, ministre de la justice, doit, par suite, être rejeté.

Outre qu'elle marque un nouveau recul de la catégorie des mesures d'ordre intérieur, cette solution ouvre la voie à une contestation juridictionnelle facilitée des mesures disciplinaires prises par l'administration carcérale... Et le juge pousse un peu plus encore la porte des prisons... (écouter, sur la thématique générale des droits des détenus, le podcast n°3 disponible sur le site internet du CRISP).

**Droits et libertés
fondamentaux
Matthieu THAURY
Enseignant droits et libertés
fondamentaux**

Accès à une thérapie expérimentale : la limitation prévue par la législation italienne est compatible avec les articles 8 et 14 de la Convention EDH

Cour EDH, 6 mai 2014, Nivio DURISOTTO contre l'Italie Requête no 62804/13

Dans un arrêt rendu le 6 mai 2014, la Cour européenne des Droits de l'Homme (ci-après Cour EDH) a précisé la portée des articles 8 et 14 de la Convention du même nom s'agissant des conditions d'accès des malades aux thérapies expérimentales.

En l'espèce, le requérant, était un ressortissant italien qui présentait sa requête en qualité de tuteur légal de sa fille, Mlle M.D., née en 1975 et affectée, depuis son adolescence, par une pathologie cérébrale dégénérative. Le 8 avril 2013, le requérant déposa un recours en référé devant le tribunal d'Udine afin qu'il ordonne à l'hôpital de Brescia d'administrer à sa fille des cellules souches selon la méthode dite « Stamina », mise en place en 2009 par un professeur exerçant auprès de l'université d'Udine. Le décret du 5 décembre 2006 autorisait en effet l'accès à cette méthode, en l'absence de toute alternative thérapeutique, dans des cas urgents où la vie ou la santé des patients courait un risque ainsi que dans le cas de pathologies graves à progression rapide. Par une décision du 10 avril 2013, le tribunal fit provisoirement droit à la demande du requérant. Mais, le 3 mai 2013, l'hôpital de Brescia demanda le rejet de la demande du requérant, estimant que les conditions prévues par le décret-loi du 25 mars 2013 réglementant l'accès des patients à la méthode en question, n'étaient pas remplies en l'espèce, notamment parce que la patiente n'avait pas démarré le traitement litigieux à la date d'entrée en vigueur dudit décret, comme celui-ci l'exigeait. Par une décision du 11 juillet 2013, le tribunal révoqua donc sa décision du 10 avril 2013 et rejeta la demande du requérant. Ce

dernier introduisit une réclamation qui fut rejetée par le tribunal. Ce dernier rappela à cette occasion que, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation, le service public national de la santé ne garantissait l'accès à des médicaments ou à des thérapies que dans le cas où leur validité et leur efficacité thérapeutiques avaient été vérifiées et approuvées par des organismes médicaux scientifiques, au sens des réglementations nationales applicables.

Ayant épuisé les voies de recours interne, le requérant décida de saisir la Cour EDH. Pour lui, le refus d'accès à la thérapie était contraire aux articles 2 (droit à la vie) et 8 (droit à une vie privée et familiale normale) de la convention. Par ailleurs, il considérait que l'impossibilité d'avoir accès à une juridiction de second degré pour contester la décision du tribunal violait l'article 6 § 1 (droit au procès équitable) de la convention. Enfin, il estimait que sa fille avait été victime d'une discrimination contraire aux articles 8 et 14 (non-discrimination dans la jouissance des droits reconnus par la convention) combinés, dès lors que d'autres personnes se trouvant sensiblement dans le même état de santé qu'elle avait eu accès à la thérapie en cause.

Le second moyen ne mérite pas de développements particuliers dans la mesure où conformément à une jurisprudence désormais bien établie, la Cour refuse de déduire de l'article 6 de la convention le droit à un double degré de juridiction en matière civile (v., notamment, CEDH 25 janv. 2007, *Iorga c/ Roumanie*). Ce droit n'existe en effet qu'en matière pénale (v. art 2 du protocole 7 à la Convention).

Plus intéressante est l'étude des premier et troisième moyens puisqu'elle précise dans quelle mesure les Etats peuvent déterminer les conditions d'accès à des thérapies expérimentales. Il convient en premier lieu de souligner que, maîtresse de la qualification juridique des faits de la cause (v. Cour EDH, 19 février 1998, *Guerra et autres c. Italie*), la Cour estime que la requête doit être analysée sous l'angle de l'article 8 de la Convention et sous celui de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8 de la Convention et non sous l'angle de l'article 2. Cette solution permet à la Cour de ne pas se prononcer sur le fondement du droit à la vie dont on sait qu'il ne peut faire

l'objet de limitations que dans des cas limitativement énumérés par le §2 de l'article 2. A l'inverse, s'il emporte un droit à l'autonomie personnelle (CEDH 29 avr. 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, n° 2346/02), le droit à la vie privée est susceptible de faire l'objet d'ingérences étatiques, pourvu que ces dernières soient prévues par une loi, poursuivent un but légitime et soient nécessaires dans une société démocratique. En l'espèce, la Cour admet que l'ingérence était prévue par la loi, à savoir le décret-loi du 25 mars 2013, et poursuivait un but légitime consistant en la protection de la santé. Quant à la proportionnalité de l'ingérence, la Cour rappelle qu'en cas d'interdiction d'accès à des soins compassionnels faite à des personnes affectées par des pathologies graves, la marge d'appréciation des États membres est ample et qu'il n'appartient pas au juge international de se substituer aux autorités nationales compétentes pour déterminer le niveau de risque acceptable par les patients souhaitant accéder à des soins compassionnels dans le cadre d'une thérapie expérimentale. Cette motivation rappelle la prudence légitime du juge européen des droits de l'Homme en matière de bioéthique et contredit très largement l'idée d'une Cour européenne « tyrannique » (B. Edelman, « La cour EDH : une juridiction tyrannique ? », Dalloz, 2008)... Quoiqu'il en soit, après avoir relevé que la valeur scientifique de la thérapie en question était toujours en débat au moment où le tribunal s'était prononcé, la Cour estime que l'ingérence dans le droit de la fille du requérant au respect de sa vie privée peut être considérée nécessaire dans une société démocratique.

Pour ce qui est du respect du principe de non-discrimination garanti par l'article 14 de la Convention, combiné avec son article 8, la Cour rappelle que pour qu'un problème se pose au regard de l'article 14, il ne suffit pas que l'on soit en présence d'une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables, mais il faut aussi que la distinction litigieuse soit discriminatoire. Selon la jurisprudence européenne, une distinction est discriminatoire au regard de l'article 14 si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable

de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Dans le cas d'espèce, la Cour relève que même à supposer que la fille du requérant se trouve dans une situation comparable à celle des personnes concernées par les décisions judiciaires ayant autorisé leur accès à la thérapie « Stamina », elle ne saurait en conclure que le refus d'autoriser l'accès de celle-ci à la thérapie a été discriminatoire. Si la motivation est lapidaire, la solution se comprend aisément. Le seul fait que des personnes aient pu participer à un instant T à une thérapie expérimentale n'ouvre pas un droit aux autres patients d'accéder à la même thérapie à l'instant T+1 alors que celle-ci a pu entre-temps se révéler inefficace voire dangereuse...

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 "C" and "R" are red, while "I", "S", and "P" are black. Another thick black horizontal bar is positioned below the text.

CRISP

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation