

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

**N°12 – Décembre 2014**

## **Sommaire**

L'édito	p. 3
Le commentaire d'arrêt	p. 4
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**

**La suspension de la prescription de l'action publique en  
matière de crimes dissimulés : l'Assemblée plénière entre  
volonté répressive et circonspection juridique**

Parce qu'elle conditionne l'action publique, la prescription est un pilier de la procédure pénale. La répression ou l'impunité des infractions est toute entière pendue à la prescription. La question se pose avec acuité lorsque l'infraction est cachée, dissimulée par son auteur ou du fait des événements. C'est dans cette hypothèse singulière que l'Assemblée plénière a eu à se prononcer dans le très attendu arrêt du 7 novembre 2014.

Morgane WERNER



**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)**Comité scientifique**

Jacob BERREBI

[jacob.berrebi@prepa-isp.fr](mailto:jacob.berrebi@prepa-isp.fr)

Matthieu THAURY

[matthieu.thaury@prepa-isp.fr](mailto:matthieu.thaury@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 331 302 877



L'ISP est ouvert du lundi au vendredi  
de 9 h 30 à 18 h 30 et le samedi de 10  
h à 13 h

Métro 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](mailto:crisp@prepa-isp.fr)

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

***Une loi, pour être bonne, doit être juste, claire, et capable de rendre le citoyen meilleur et vertueux***

***Francis Bacon, essais 1625***

Présenté en Conseil des ministres le 10 décembre 2014, le projet de loi Macron pour « libérer le potentiel inexploité de croissance et d'activité », s'articule autour de trois axes : libérer, investir et travailler. Le projet sera débattu au Parlement début 2014, mais l'on peut d'ores et déjà prédire l'avenir de cette loi fourre-tout : il fera sûrement l'objet d'un décortiquage de la part des parlementaires.

Deux mesures symboliques sont intégrées au sein de ce projet. D'une part, il revient sur la difficile question du travail dominical : les commerces seront autorisés à ouvrir jusqu'à 12 dimanches par an au lieu de 5 actuellement, moyennant une obligation de compensation salariale. D'autre part, il propose des mesures multiples touchant les professions juridiques réglementées, notamment faire baisser les tarifs en les rapprochant des coûts réels, ouvrir le capital des sociétés d'exercice libéral et instaurer une liberté d'installation encadrée pour augmenter notamment le nombre d'offices notariaux. De prime abord, il est difficile de voir la connexité entre ces mesures intégrées au sein du projet. À moins ; que l'objectif ne soit d'imposer aux professions juridiques réglementées de travailler jusqu'à 12 dimanches par an, ce qui est, en pratique, déjà souvent le cas.

Ces deux mesures, les plus critiquées, n'étaient qu'une mise en bouche. De nombreux autres aspects aussi disparates sont visés par le projet. En effet, le texte prévoit d'autoriser l'exploitation de lignes d'autocars

sur le territoire national, et de renforcer la régulation des autoroutes.

**Franck TOURET**  
*Enseignant de Droit privé*

Dans le secteur de la distribution, les enseignes en situation dominante pourront être forcées de céder des activités. L'Autorité de la concurrence s'assurera que l'implantation de commerces respecte les conditions d'une concurrence équitable et offre au consommateur un véritable choix. Sans aucune corrélation, le projet prévoit une réforme de la justice prud'homale pour la rendre « plus simple et plus rapide » en raccourcissant les délais et en favorisant l'intervention de juges professionnels. Pour rester dans le monde des affaires, le projet prévoit également d'obliger les actionnaires d'entreprises en difficulté à vendre leurs actions pour permettre une reprise. De plus, le projet prévoit de dépénaliser le délit d'entrave en entreprise, en remplaçant les sanctions pénales par des sanctions financières. Sans transition, le projet Macron permettra de réduire le coût du permis de conduire pour les jeunes et de raccourcir le délai de passage à l'examen. En revanche, ont été écartés la réforme des tribunaux de commerce, la réforme des pharmacies et du secteur des prothèses dentaires, le statut d'avocat en entreprise et la question des déchets radioactifs.

En l'état, le projet de loi ne contient aucune logique, aucune ligne directrice. Espérons que le parlement procèdera à un décortiquage de ce projet pour en faire plusieurs lois claires

## Le commentaire d'arrêt

### La suspension de la prescription de l'action publique en matière de crimes dissimulés : l'Assemblée plénière entre volonté répressive et circonspection juridique

**Assemblée plénière - Cour de cassation - 7 novembre 2014 - Arrêt n° 613 (14-83.739)**

Parce qu'elle conditionne l'action publique, la prescription est un pilier de la procédure pénale. La répression ou l'impunité des infractions est toute entière pendue à la prescription. La question se pose avec acuité lorsque l'infraction est cachée, dissimulée par son auteur ou du fait des événements. C'est dans cette hypothèse singulière que l'Assemblée plénière a eu à se prononcer dans le très attendu arrêt du 7 novembre 2014.

Les faits sont tristement célèbres. En 2010, le propriétaire d'une maison y découvre le cadavre de deux nouveau-nés. Une enquête est ouverte. Très vite, les soupçons se portent sur la fille de l'ancien propriétaire. Interrogée, celle-ci avoue être celle qui a donné la vie et la mort à ses enfants, avant de dissimuler leurs corps. Plus encore, elle confesse la naissance et le meurtre de six autres enfants dans des conditions identiques. Les cadavres de ces nouveau-nés seront retrouvés dans le garage de la maison sur les indications de la mère.

L'accusée est renvoyée devant la Cour d'assises du Nord du fait d'homicides volontaires aggravés (trois circonstances aggravantes sont retenues, l'infraction ayant été commise sur des mineurs, par ascendant et avec préméditation). *In limine litis*, la juridiction d'instruction a rejeté, à deux reprises, une éventuelle exception de prescription. L'accusée se pourvoit une première fois en cassation pour que soit reconnue l'extinction de l'action publique. Pour ce faire, elle prend principalement en considération le caractère instantané des infractions de meurtre et d'assassinat, pour faire valoir que la prescription décennale édictée par l'article 7 du Code de procédure pénale est écoulée. La Chambre criminelle de la Cour de cassation s'est

prononcé  
e sur  
cette  
affaire  
dans un  
arrêt du  
16  
octobre

2013 (Cass crim. 16 oct. 2013, aff. n<sup>os</sup> 11-89.022, 13-85.232). Elle accueille le pourvoi de la requérante au visa de l'article 7 du Code de procédure pénale et refuse de reporter le point de départ de la prescription au jour de la découverte des cadavres. Cette solution a reçu un accueil mitigé tant de la doctrine que des juges du fond qui sont de fait entrés en résistance contre la décision de la Cour de cassation. En effet, dans un arrêt du 19 mai 2014, la Cour d'appel de Paris énonce que la prescription n'est pas acquise en l'espèce. Les juges se fondent ici sur l'impossibilité d'appliquer l'article 7 du Code de procédure pénale, en raison de l'imprécision dans la datation des morts des enfants. En conséquence, les juges d'appel considèrent que le délai de prescription n'a commencé à courir qu'au jour de la découverte des cadavres. L'accusée se pourvoit une nouvelle fois en cassation et développe ici deux moyens. Le second moyen concerne la caractérisation de la préméditation. Largement accessoire au débat judiciaire sur la prescription de l'action publique, ce moyen, comme la réponse qui y est apportée par l'Assemblée plénière, ne mérite que d'être souligné. C'est en effet sur le premier moyen, divisé en sept branches, que se cristallise l'importance de la discussion judiciaire. La requérante fait grief aux juges du fond de ne pas

Morgane WERNER  
Juriste

avoir déclaré l'action publique éteinte. Précisément, les trois premiers moyens reprochent aux juges un excès de pouvoir en raison de leur refus d'appliquer l'article 7 du Code de procédure pénale. Les autres branches font grief aux juges d'avoir aussi bien méconnu l'application de la loi dans le temps, que de ne pas avoir caractérisé la dissimulation, l'obstacle insurmontable ou encore la connexité entre deux infractions (piste retenue par les premiers juges.)

La question soumise aux juges du droit se pose alors en ces termes : l'action publique est-elle prescrite ? Plus précisément se posait à l'Assemblée plénière la question de l'impact de la dissimulation d'un crime sur la prescription de l'action publique. Pour rejeter le pourvoi, l'Assemblée plénière reconnaît un obstacle insurmontable rendant impossible l'action publique. La prescription de celle-ci a donc été suspendue jusqu'à la découverte des cadavres.

La réponse apportée par l'Assemblée plénière au problème de droit qui lui est posé se veut exhaustive. Les juges du droit reconnaissent l'existence d'un obstacle insurmontable à l'exercice de l'action publique (I.). Au surplus, la Haute juridiction confirme le régime attaché à l'obstacle insurmontable et recourt, non sans ambiguïté, à la suspension du délai de prescription de l'action publique du fait de cet obstacle (II.).

#### I/ La reconnaissance d'un obstacle insurmontable comme réponse à une prescription inadaptée

Devant une infraction dissimulée, la prescription semble perdre de sa pertinence (A.). Pour conjurer les effets néfastes de l'extinction de l'action publique, l'Assemblée plénière reconnaît un obstacle insurmontable à l'exercice de celle-ci (B.).

#### A/ La pertinence relative de la prescription de l'action publique en cas d'infraction dissimulée

En matière d'infractions dissimulées, la prescription de l'action publique est comme privée de ses fondements philosophiques, ce qui justifie les tentatives prétoriennes d'en conjurer l'extinction.

La prescription montre l'impact de l'écoulement du temps sur l'action publique. Elle se définit comme « *le principe selon lequel l'écoulement d'un délai entraîne l'extinction de l'action publique et rend de ce fait toute poursuite impossible.* » (S. Guinchard, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 19<sup>ème</sup> édition, 2012). Traditionnellement, la prescription poursuit trois objectifs. Tout d'abord, elle évite que le trouble causé à l'ordre public par l'infraction ne renaisse tardivement, elle permet ainsi l'oubli par la société du traumatisme causé par l'infraction. Ensuite, la prescription est un instrument au service de la vérité judiciaire puisqu'elle conjure le risque de dépérissement des preuves. Enfin, la prescription est parfois présentée comme une sanction de l'inaction, tant des autorités publiques que de la victime d'une infraction.

En l'espèce, le risque de dépérissement des preuves restait prégnant malgré les progrès technologiques et médico-légaux. En effet, les meurtres sont situés par l'accusée entre 1989 et 2006, sans plus de précision. Les preuves, aussi bien sur les cadavres que dans la maison, ont pu être altérées par le temps. *A contrario*, les deux autres objectifs poursuivis par la prescription ne connaissent pas la même pertinence et ce en raison de la dissimulation des infractions par leur auteur. En effet, l'infraction n'a pas pu causer de trouble à l'ordre public puisque personne, à part l'auteur, n'était au courant de l'existence de ses enfants qui sont restés cachés de leur conception jusqu'à leur mort. Plus encore, c'est bien la découverte des cadavres, en ce qu'elle révèle l'infraction commise plusieurs années auparavant qui cause ce trouble. Le raisonnement est similaire concernant la prescription envisagée comme une sanction de l'inaction des autorités publiques. En effet, la prescription édictée n'a alors de sens que si lesdites autorités, averties de la commission d'une infraction, n'engagent pas de poursuites en connaissance de cause. En l'espèce, l'infraction est demeurée cachée jusqu'à la découverte fortuite des deux premiers cadavres en 2010. Par conséquent, il ne semble pas pertinent de sanctionner l'inaction alors que l'infraction était inconnue.

Plus précisément, s'intéresser à la prescription c'est s'attarder sur trois points distincts, à savoir, le point de départ de celle-ci, le délai et les différentes causes susceptibles d'en altérer le

déroulement. L'ensemble de ces points est régi par les articles 7 à 9 du Code de Procédure pénale et varie selon la catégorie d'infraction concernée. S'agissant des crimes, infraction concernée en l'espèce, le premier alinéa de l'article 7 du Code de procédure pénale dispose qu'« *En matière de crime et sous réserve des dispositions de l'article 213-5 du code pénal, l'action publique se prescrit par dix années révolues à compter du jour où le crime a été commis si, dans cet intervalle, il n'a été fait aucun acte d'instruction ou de poursuite* ».

Les infractions ont été commises entre 1989 et 2006, la plupart d'entre elles semblent donc *a priori* couvertes par la prescription décennale. Toutefois, les juges se sont appuyés tantôt sur le point de départ de la prescription, tantôt sur les événements affectant le délai pour conjurer l'extinction de l'action publique. L'Assemblée plénière s'écarte pour sa part d'une motivation fondée sur le point de départ de la prescription pour reconnaître un événement en affectant le déroulement. Les juges du droit caractérisent en l'espèce, un obstacle insurmontable.

### **B/ La caractérisation matérielle de l'obstacle insurmontable**

Divers événements sont susceptibles d'impacter le déroulement de la prescription. Certains sont prévus par la loi alors que d'autres ont été mis en évidence par le juge. Deux théories prétoriennes peuvent ici être utilisées : la théorie de l'infraction clandestine ou celle de l'obstacle insurmontable.

Concernant la théorie des infractions clandestines, celle-ci se divise en deux catégories, à savoir les infractions clandestines par nature qui présentent dans leurs éléments constitutifs un caractère occulte et les infractions dites dissimulées. Ces dernières ne demeurent cachées qu'en raison du comportement de leur auteur. Cette théorie a été développée et est encore aujourd'hui utilisée principalement en droit pénal des affaires, par exemple pour l'abus de biens sociaux ou encore l'abus de confiance. Pour autant s'est posée la question de l'extension de cette théorie au cas d'espèce. Tout d'abord parce que les juges du fond y ont fait indirectement référence, mais aussi et surtout parce que l'avocat général propose dans son avis

une application de la théorie des infractions dissimulées au cas d'espèce ([Avis de M. Bonnet, avocat général](#)).

L'Assemblée plénière se refuse à une telle extension, elle ne fait en effet aucune référence directe à l'infraction dissimulée dans son arrêt. Cette motivation se justifie par la solution de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans l'arrêt du 16 octobre 2013, rendu dans la même affaire. En effet, en refusant de reporter le point de départ de la prescription au jour de la découverte des cadavres, la Chambre criminelle affirme, de manière implicite, que le meurtre et l'assassinat ne sauraient entrer dans la catégorie des infractions dissimulées. Il semblerait donc que les hauts conseillers circonscrivent l'application de la théorie des infractions dissimulées aux délits.

Ici amenée à se prononcer en matière criminelle, l'Assemblée plénière se tourne alors vers l'autre théorie disponible, celle de l'obstacle insurmontable. La doctrine rattache cette théorie à un adage civiliste « *Contra non valentem agere non currit praescriptio* » : la prescription ne court pas contre celui qui ne peut s'en prévaloir. Les juges du droit livrent ici une motivation particulièrement circonstanciée. Ils font ainsi œuvre de pédagogie et donnent une ligne directrice à la caractérisation de l'obstacle insurmontable ; pour ce faire, ils insistent sur l'impossibilité de connaître jusqu'à l'existence même de ces huit enfants. Particulièrement, les hauts conseillers relèvent « *les grossesses [...] masquées par l'obésité* », les « *accouchements [...] sans témoin* », l'absence de déclaration des naissances à l'état civil ainsi que « *les cadavres [...] restés cachés* ». L'Assemblée plénière se fonde exclusivement sur l'auteur, son apparence physique (obésité) comme son comportement, pour caractériser l'obstacle insurmontable. Ce faisant, elle nous livre une appréciation *in concreto* dudit obstacle. Les deux théories présentées, dont l'application à l'espèce a été envisagée sont, de prime abord, parfaitement autonomes. La doctrine opère d'ailleurs une distinction fondée sur l'appréciation réalisée par le juge, pour caractériser soit une infraction dissimulée soit un obstacle insurmontable. En effet, l'infraction dissimulée s'apprécie *in concreto* au regard du comportement de son auteur ; alors que l'obstacle insurmontable pouvait être constaté

objectivement et ce indépendamment des protagonistes concernés par l'infraction (G. Poirotte, *Rapport*). Devant le refus opéré par les hauts magistrats de faire entrer l'infanticide dans la catégorie des infractions dissimulées, les juges s'en remettent à la théorie de l'obstacle insurmontable, opérant ainsi, en apparence du moins, un choix entre les deux.

Cependant, en tissant des liens entre dissimulation et obstacle insurmontable, l'Assemblée plénière dépasse l'imperméabilité traditionnelle entre ces deux théories. En effet, en l'espèce, c'est bien de la « *dissimulation* » tant de la grossesse et des accouchements que de l'infraction que découle l'obstacle insurmontable. L'Assemblée plénière poursuit le raisonnement en développant les conséquences juridiques de l'obstacle insurmontable et recourt à la suspension de la prescription de l'action publique.

## **II/ Le recours ambivalent à la suspension de la prescription de l'action publique en matière d'infractions dissimulées**

En sus de la caractérisation de l'obstacle insurmontable, l'Assemblée plénière en détaille le régime. En choisissant la suspension (A.), elle apporte une réponse ambivalente aux difficultés liées à la poursuite des infractions dissimulées (B.).

### **A/ La prescription de l'action publique suspendue par l'obstacle insurmontable**

L'obstacle insurmontable était susceptible de produire deux effets distincts sur la prescription de l'action publique ; soit le report du point de départ, soit la suspension du délai de prescription. Ces deux conséquences sont effectivement retenues par la jurisprudence la plus récente (S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, 9<sup>ème</sup> édition, 2013)

Les juges d'appel ont consacré le report du point de départ du délai de prescription de l'action publique. En effet, la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 19 mai 2014 rendu sur renvoi après cassation considère que l'impossibilité de dater précisément la mort des nourrissons empêche l'application de l'article 7 du Code de procédure pénale. Par conséquent, le point de départ du délai de prescription est fixé au jour de la

découverte des corps, soit le 24 juillet 2010 et non au jour de la commission de l'infraction comme le prévoit le texte. L'Assemblée plénière bien qu'elle rejette le pourvoi ne reprend pas la solution des juges d'appel. En effet, si elle valide la solution des juges du fond, l'Assemblée plénière s'éloigne de leur motivation. Se faisant, elle livre une solution parfaitement cohérente. En effet, le report du point de départ est l'effet traditionnellement attaché par la jurisprudence aux infractions dissimulées. Or, la Haute juridiction refuse, avec force, de faire entrer l'infanticide au sein de cette catégorie. Elle recourt de fait à la conséquence classique de l'obstacle insurmontable : la suspension du délai de prescription de l'action publique.

La suspension se définit comme un évènement affectant le cours normal de la prescription. Elle stoppe l'écoulement du délai, sans remettre en cause le temps déjà écoulé. La suspension prend fin avec celle de l'incident et le délai recommence à courir là où il s'était arrêté. Le législateur prévoit des causes de suspension de la prescription de l'action publique, la plus célèbre étant celle frappant les éventuelles poursuites pénales à l'encontre du Président de la République durant son mandat (Const., art 67 al 3.). La jurisprudence a, par la suite, étoffé la liste des évènements susceptibles de suspendre le délai de prescription.

En l'espèce, c'est l'obstacle insurmontable qui constitue cet incident empêchant la computation normale du délai de prescription. La prescription commence donc à courir à la commission des meurtres, plus précisément à la mort des nouveau-nés, le meurtre étant une infraction de résultat. L'obstacle insurmontable, lui-même caractérisé par la dissimulation, suspend l'action publique presque immédiatement après le décès des enfants. La prescription reprend au jour où l'obstacle peut être surmonté, où l'incident prend fin, c'est-à-dire à la découverte des cadavres des nourrissons, dans le courant de l'année 2010. Le délai restant à courir est quant à lui quasiment égal à dix ans, du fait de la proximité, voire de la confusion entre le déclenchement de la prescription et sa suspension.

Dans les faits, la solution aboutit aux mêmes conséquences que le report du point de départ de la prescription, à tel point qu'un auteur

souligne que l'Assemblée plénière fait « *une application "dissimulée" du report du point de départ de la prescription de l'action publique* ». (C. Fonteix, « *Le coup de grâce porté par l'Assemblée plénière à la prescription en matière pénale* », Dalloz actualités, 21 nov. 2014).

Pourtant, bien que la solution d'équilibre dégagée par l'Assemblée plénière ne soit pas exempte de critiques, elle se justifie à de nombreux égards.

### **B/ Une réponse ambivalente aux difficultés liées à la poursuite des infractions dissimulées**

La solution de l'Assemblée plénière est justifiée sur le plan de la morale par une volonté répressive et sur le plan juridique par une volonté de circonscription de la solution. Toutefois, cette solution soulève d'une part de nombreuses questions et, d'autre part, un risque d'incohérence au sein du régime de prescription de l'action publique.

Il semble que les hauts magistrats soient animés par deux volontés distinctes. D'un côté, l'Assemblée plénière entend, indéniablement, que ces infanticides ne restent pas impunis. De l'autre côté, cette ambition répressive s'accompagne de la volonté de circonscrire la solution à des cas exceptionnels. Par cette solution, l'Assemblée plénière réaffirme le principe énoncé par l'article 7 du Code de procédure pénale, le crime commence à se prescrire au jour de sa commission. En confirmant l'interprétation de la Chambre criminelle, elle rappelle que le meurtre ne peut être une infraction dissimulée et refuse de faire des crimes une infraction imprescriptible, chaque fois qu'ils sont cachés par leurs auteurs. Elle affirme donc avec force que seules des circonstances exceptionnelles peuvent justifier une suspension de la prescription de l'action publique. Parce qu'elle est imprégnée de ces deux volontés antagonistes, la solution laisse d'intriguer quant à la cohérence du régime.

Tout d'abord, une première question se pose concernant le rapprochement opéré par l'Assemblée plénière entre les théories jusqu'ici distinctes de l'infraction dissimulée et de l'obstacle insurmontable : s'agit-il ici d'un abandon de la théorie des infractions dissimulées par l'Assemblée plénière ? Cette alternative semble peu probable tant le régime

prétorien est ancré dans la procédure pénale. L'Assemblée plénière avait refusé, par quatre arrêts du 20 mai 2011 (Cass. ass. plén. 20 mai 2011, aff. n<sup>os</sup> 11-90.033, 11-90.025, 11-90.032, 11-90.042), de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant sur cette théorie ; considérant notamment que les règles applicables en la matière satisfont au principe de prévisibilité, composante de la légalité pénale. S'agit-il alors d'une simple confusion, d'une assimilation d'opportunité entre dissimulation et obstacle insurmontable ? Si la motivation particulièrement circonstanciée de l'Assemblée plénière invite à une telle interprétation, seules les décisions futures de la jurisprudence permettront de définir précisément les liens entre dissimulation et obstacle insurmontable.

Ensuite, la solution se heurte au principe cardinal de la légalité criminelle qui irrigue tant le droit pénal de fond que la procédure pénale. Ainsi, la solution édictée par l'Assemblée plénière ne s'appuie sur aucun fondement textuel précis. En étendant une liste qui se voulait limitative, les hauts magistrats méconnaissent de fait ce principe.

Enfin, la solution interroge quant à son champ d'application. La question se pose d'une application de cette interprétation large de la théorie de l'obstacle insurmontable à d'autres catégories d'infractions comme les délits notamment. L'extension sera-t-elle consacrée ou la solution sera-t-elle à l'avenir réservée aux crimes, comme la théorie de l'infraction dissimulée semble l'être aux délits ?

Plus encore, la solution intrigue au sein même de la catégorie des crimes. Récemment, la Cour de cassation a refusé de reconnaître un obstacle insurmontable du fait de « l'amnésie traumatique » subie par une victime de viol (Cass. crim. 18 déc. 2013, n° 13-81.129).

La Haute juridiction caractérise un obstacle insurmontable suspendant la prescription de l'action publique. Mesurée, cohérente tant juridiquement que moralement, la solution de l'Assemblée plénière assure la répression de ces huit crimes odieux, tout en s'assurant que la solution ne sera pas transposable à tous les crimes. Ce jeu d'équilibriste auquel se prête la Cour de cassation n'est pas sans risque, de nombreuses questions restent, avec cette solution, sans réponse.

## L'actualité

### Droit des obligations Jacob BERREBI Enseignant de Droit privé

#### 1/ La Cour de cassation poursuit son entreprise de construction du droit de la location financière

Com. 4 nov. 2014, n° de pourvoi 13-24.270

L'importance du présent arrêt est indéniable. Certes, en apparence, il n'est qu'une répétition de la jurisprudence désormais ancrée en droit positif depuis 2013, mais, en réalité, il est l'occasion pour les hauts conseillers de poursuivre leur raisonnement et de compléter le régime juridique applicable aux contrats interdépendants participant à une opération de location financière.

Rappelons que, dans deux arrêts rendus en chambre mixte, le 17 mai 2013, la Cour de cassation avait levé le voile sur la caractérisation de l'interdépendance contractuelle dans les opérations de location financière. En effet, en décidant, sur le fondement de l'article 1134 du Code civil, que « *les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants et que sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance* », la Haute juridiction avait mis un terme à une controverse doctrinale et prétorienne quant au critère, objectif ou subjectif, permettant de caractériser l'interdépendance entre deux contrats, dans le cadre de la location financière. Par suite, la Cour de cassation avait pris le soin de répéter sa solution dans une dizaine de décisions révélant sa constance et sa fixité (V. BMA 2014/2, p. 15). Plus encore, dans un arrêt du 14 janvier 2014, les juges du droit avaient affiné leur construction en la faisant reposer sur le fondement de l'article 1218 du Code civil, lequel dispose « *L'obligation est indivisible, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible par sa*

*nature, si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution partielle* ». Dès lors peut-on désormais en matière de location financière, assimiler interdépendance contractuelle et indivisibilité conventionnelle, sans craindre une erreur terminologique.

Malgré la répétition et la constance de la solution demeurait une question pour le moins essentielle concernant les conséquences de la caractérisation de l'interdépendance contractuelle sur le sort des contrats en cause. Telle était la question ici posée à la Cour de cassation : lorsque le contrat de prestation est anéanti (en l'espèce, une résolution de la convention pour défaut de paiement), qu'en est-il du contrat de financement ? Antérieurement aux arrêts de 2013, les hauts conseillers avaient envisagé la caducité du contrat de financement comme suite logique de la caractérisation de l'interdépendance conventionnelle (Com. 5 juin 2007). Reste que non seulement cette solution n'avait pas été expressément réaffirmée, mais encore l'on pouvait s'interroger sur sa pérennité eu égard au renouveau conceptuel de l'interdépendance.

L'arrêt du 4 novembre 2014 apporte une réponse claire à ces interrogations : l'anéantissement du contrat entraîne la caducité du contrat de financement. La Cour régulatrice saisit l'occasion de préciser qu'en toute logique, l'anéantissement du contrat principal doit être préalable à cette caducité. La décision est un arrêt de rejet : nulle obligation pour les juges de poser un fondement textuel. Mais le fantôme de la cause est toujours présent en attendant un projet de réforme du droit des contrats qui ambitionne l'adoption d'un texte sur les contrats interdépendants, mais également sur la caducité...

#### 2/ De la faute lourde et de la clause limitative de responsabilité

Civ. 1<sup>re</sup>, 29 oct. 2014, n° de pourvoi 13-21.980

Voici répétée l'une des solutions les plus classiques : sur le fondement de l'article 1150 du Code civil, les hauts conseillers rappellent le

principe selon lequel « *la faute lourde, assimilable au dol, empêche le contractant auquel elle est imputable de limiter la réparation du préjudice qu'il a causé aux dommages prévus ou prévisibles lors du contrat et de s'en affranchir par une clause de non-responsabilité* ».

Le présent arrêt fournit une intéressante illustration de la mise en œuvre de ce principe. En l'espèce, un contrat de déménagement impliquant un transport par voie maritime est conclu. Au cours du transport, les biens sont dégradés. Après avoir indemnisé les victimes, l'assureur forme un recours subrogatoire notamment à l'encontre du déménageur, lequel oppose une stipulation limitative de responsabilité. Les juges du fond avaient caractérisé une faute lourde du déménageur, mais avaient tout de même appliqué la limitation de responsabilité, en l'absence de faute dolosive.

Promis à la censure, l'arrêt est effectivement cassé : la faute lourde est assimilable à la faute dolosive et fait échec à la prétention du débiteur de bénéficier de la clause litigieuse. Depuis l'arrêt *Faurecia II*, il est constant que « *la faute lourde ne peut résulter du seul manquement à une obligation essentielle* » et qu'elle « *doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur* » (Com. 29 juin 2010, *Faurecia II*). Autrement dit, la faute lourde s'apprécie de manière subjective et se caractérise « *par une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle* » (Com. 3 avril 2001).

## Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Enseignant de Droit privé

### 1/ Refus de prendre en considération une prestation compensatoire pour fixer une pension alimentaire

**Civ. 1<sup>re</sup>, 19 nov. 2014, n° de pourvoi 13-23732**

Il est constant et donc classique que les éléments à prendre en considération pour déterminer le montant de la prestation compensatoire suscitent des difficultés (BMA 2014/4, p. 15 ; BMA 2014/7-8, p. 12 ; BMA 2014/11, p. 16). Dans la présente affaire, les débats sont plus originaux et la question différente : la prestation compensatoire perçue par un époux doit-elle être incluse dans l'appréciation des ressources de ce dernier pour la fixation de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants ? Ici, l'épouse a saisi les tribunaux d'une demande afin d'obtenir une évaluation à la hausse de la contribution versée par le père à l'entretien et à l'éducation des enfants. La cour d'appel a rejeté cette demande au motif que la situation financière de la demanderesse ne s'était pas dégradée depuis le jugement de divorce, tout en prenant en considération, pour justifier cette affirmation, la somme perçue mensuellement par cette personne à titre de prestation compensatoire et en incluant cette somme dans ses ressources. Toutefois, la Cour de cassation a censuré les juges du fond, au visa des articles 270, 371-2 et 373-2-2 du Code civil, considérant que la prestation compensatoire, qui est destinée à compenser la disparité dans les conditions de vie respectives des époux créée par la rupture du mariage, n'a pas à être incluse dans l'appréciation des ressources de l'époux à qui elle est versée pour la fixation de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants.

### 2/ Qualité du conjoint associé

**Civ. 1<sup>re</sup>, 5 nov. 2014, n° de pourvoi 13-25820**

Dans le cadre de cette affaire, deux époux mariés sans contrat préalable sont devenus associés d'une société. Cette dernière a versé à l'époux ses dividendes, mais également ceux dus à l'épouse. Elle a assigné la société et son époux en paiement de ces sommes. Les juges du fond ont rejeté cette demande en considérant que l'époux était réputé légalement, par les articles 1401 et 1421 du Code civil, avoir perçu les dividendes en cause pour le compte de la communauté. L'arrêt d'appel est cassé par la Cour de cassation. Au visa de l'article 1832-2 du Code civil, elle considère, que « *seul l'associé a qualité pour percevoir les dividendes, ce dont il résulte qu'il convient de rechercher, lorsque de*

telles sommes sont perçues par le conjoint de l'associé, si ce dernier avait donné son accord pour qu'elles soient versées entre les mains de son conjoint ». D'abord, la qualité d'associé étant personnelle, seule la personne est habilitée à percevoir les dividendes, quand bien même les sommes perçues pourraient tomber dans la masse commune en régime de communauté (Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juill. 2012, n° 11-13.384). Toutefois, selon l'arrêt étudié, l'épouse dispose de la possibilité de donner son accord pour que la perception des dividendes qui lui sont dus soit réalisée par son conjoint. En l'absence d'un tel accord préalable, le conjoint n'a pas qualité pour réaliser cette opération.

**3/ La GPA face au Conseil d'État**  
**CE, 12 décembre 2014, Association Juristes pour l'enfance et autres, n° 367324, 366989, 366710, 365779, 367317, 368861**

Peu après les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, en date du 26 juin 2014 (BMA 2014 n°7-8, p. 12), le Conseil d'État devait se prononcer sur la pratique de la GPA et de la circulaire du 25 janvier 2013 du Garde des Sceaux. Cette dernière est relative à la délivrance de certificats de nationalité française aux enfants nés à l'étranger de parents français « lorsqu'il apparaît, avec suffisamment de vraisemblance qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui ». Cette circulaire indique que dans un tel cas, cette circonstance « ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de certificats de nationalité française ». Elle invite en conséquence les magistrats à veiller à ce qu'il soit fait droit aux demandes de délivrance lorsque les conditions légales sont remplies. Cette circulaire faisait l'objet de plusieurs requêtes en annulation devant le Conseil d'État. Il rappelle que les contrats de gestation ou de procréation pour autrui sont interdits par le Code civil et que cette interdiction est d'ordre public. Toutefois, la seule circonstance qu'un enfant soit né à l'étranger dans le cadre d'un tel contrat, même s'il est nul et non avenu au regard du droit français, ne peut conduire à priver cet enfant de la nationalité française. Cet enfant y a droit, dès lors que sa filiation avec un Français est légalement établie à l'étranger, en vertu de

l'article 18 du Code civil et sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Le refus de reconnaître la nationalité française porterait sinon une atteinte disproportionnée au respect de la vie privée de l'enfant, garantie par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). En conséquence, la circulaire attaquée n'est pas illégale.

**Droit des affaires**  
**Jacob Berrebi**  
**Enseignant Droit privé**

**1/ De la commercialité par accessoire et de la clause compromissoire**  
**Civ. 1<sup>re</sup>, 22 oct. 2014, n° de pourvoi 13-11.568**

Les articles L. 110-1 et L. 110-2 du Code de commerce énoncent la liste des actes de commerce par nature. Cette liste demeurée inchangée depuis le Code de commerce de 1807 se voulait à l'origine limitative. Reste que le juge l'a progressivement alimentée, usant de la théorie de l'accessoire. Ce faisant, un acte de nature civile se trouve finalement qualifié d'acte de commerce parce qu'il est passé par un commerçant dans le cadre de son activité commerciale ou en raison du lien qui le rattache à un acte de commerce par nature.

En l'espèce, est en cause une promesse de cession de droits sociaux ayant pour effet de transférer le contrôle d'une société commerciale aux cessionnaires. La convention est conclue entre des particuliers et non des commerçants. Elle contient une clause compromissoire aux termes de laquelle « toutes contestations qui s'élèvent entre les parties relativement à la présente convention seront soumises à un tribunal arbitral ».

Alors que survient un litige (en l'occurrence, concernant une garantie d'actif et de passif) se pose la question de la compétence du tribunal arbitral et donc de la validité et de l'opposabilité de la clause compromissoire.

On rappellera que l'article L. 721-3 du Code de commerce, lequel détermine la compétence des juridictions commerciales, prévoit à titre d'exception que « les parties peuvent, au

*moment où elles contractent, convenir de soumettre à l'arbitrage les contestations ci-dessus énumérées* ». Autrement dit, pour que la clause soit valable encore faut-il qu'elle soit stipulée dans le cadre d'un contrat conclu à raison d'une activité professionnelle (V. également l'article 2061 du Code civil). Il est donc nécessaire de démontrer que les contestations relatives à l'acte en cause entrent dans le champ du droit commercial et ne relève pas du seul droit civil.

Étant donné que le litige naît entre des particuliers non commerçants, la justice commerciale ne saurait être compétente que si l'acte en cause est qualifié de commercial (art. L. 721-3, 3° C. com). Or, une promesse de cession est en principe un acte de nature civile. C'est ici qu'est mise en œuvre la théorie de l'accessoire par les juges qui peuvent alors affirmer que la promesse de cession de droits sociaux d'une société commerciale entraînant le transfert de son contrôle est un acte de commerce. Le raisonnement repose sur le caractère commercial par la forme de certaines sociétés (art. L. 210-1 C. com.), parmi lesquelles la SAS en cause en l'espèce. La Haute juridiction avait déjà produit pareille démonstration dans un arrêt important de 1996 en décidant, sous la forme de principe que « *la convention, qui a pour objet l'organisation de la société commerciale en transférant son contrôle ou en garantissant le maintien à son titulaire, est un acte commercial et relève de la compétence des tribunaux de commerce* » (Com. 26 mars 1996).

Dans l'arrêt de 2014, les hauts conseillers aboutissent à la conclusion que la clause compromissaire n'était pas nulle, que la juridiction étatique n'était pas compétente et que le litige relevait de la compétence du tribunal arbitral.

## **2/ Décret du 3 novembre 2014 relatif au bail commercial, dit « décret Pinel »**

Le décret du 3 novembre 2014 modifie la partie réglementaire du Code de commerce relative au bail commercial et met en cohérence celle-ci avec les nouvelles dispositions législatives issues de la loi Pinel du 18 juin 2014 (pour un commentaire de la loi Pinel, BMA 2014/7-8, p. 5).

Le présent décret était attendu puisque la loi y renvoyait expressément pour application. Pour l'essentiel, le décret donne des précisions concernant, d'un côté, le congé, sa forme et sa date, de l'autre, les charges locatives, impôts, taxes, redevances et travaux.

Concernant le congé, l'article L. 145-9 alinéa 5 du Code de commerce dispose, dans sa rédaction issue de la loi Pinel, que « *Le congé doit être donné par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par acte extrajudiciaire, au libre choix de chacune des parties. Il doit, à peine de nullité, préciser les motifs pour lesquels il est donné et indiquer que le locataire qui entend, soit contester le congé, soit demander le paiement d'une indemnité d'éviction, doit saisir le tribunal avant l'expiration d'un délai de deux ans à compter de la date pour laquelle le congé a été donné* ». Le décret revient sur l'hypothèse dans laquelle le congé n'a pas été délivré par huissier, mais par LRAR. En pareil cas, le nouvel article L. 145-1-1 du Code de commerce prévoit que la date du congé est celle de la première présentation de la lettre. La précision est heureuse lorsque l'on connaît l'abondant contentieux en matière de validité du congé et de détermination de la date à prendre en considération. Elle offre donc davantage de sécurité juridique que l'état antérieur du droit.

Concernant les charges locatives, impôts, taxes, redevances et travaux, il s'agit du principal apport du décret à la loi qui a instauré un nouvel article L. 145-40-2 du Code de commerce, lequel dispose notamment en son alinéa 1 que « *Tout contrat de location comporte un inventaire précis et limitatif des catégories de charges, impôts, taxes et redevances liés à ce bail, comportant l'indication de leur répartition entre le bailleur et le locataire. Cet inventaire donne lieu à un état récapitulatif annuel adressé par le bailleur au locataire dans un délai fixé par voie réglementaire. En cours de bail, le bailleur informe le locataire des charges, impôts, taxes et redevances nouveaux* ». Trois articles, R. 145-35 à R. 145-37, prennent le relais du dispositif légal. Le premier de ces textes prévoit les dépenses, impôts et charges qui ne peuvent donner lieu (sauf pondération conventionnelle) à récupération par le bailleur auprès du preneur, à savoir les dépenses relatives aux grosses réparations, les impôts, taxes et redevances

dont le bailleur est redevable par l'effet de la loi, les honoraires de gestion des loyers du local donné à bail, etc. Le deuxième et le troisième article précisent les autres modalités de l'article L. 145-40-2 notamment concernant l'obligation pour le bailleur de communiquer à chaque locataire, à la conclusion du bail et tous les trois ans, un état prévisionnel des travaux à venir et un état prévisionnel des travaux déjà réalisés.

### 3/ Une réforme des tribunaux de commerce tant attendue...

Dans le cadre des travaux sur la Justice du XXI<sup>e</sup> siècle et du projet de loi qui devrait en découler, la Garde des Sceaux et ministre de la Justice, Madame Christine Taubira a annoncé, le 28 novembre 2014, que la réforme de la justice commerciale sera au programme des évolutions de la justice en 2015.

Doit-on s'attendre à une réforme statutaire et organisationnelle ? à une réforme processuelle ? à une réforme substantielle des règles du droit des affaires et du droit des procédures collectives ? L'annonce est ambitieuse, car elle laisse accroire à une réforme d'ensemble et donc poursuivant tous ces objectifs.

Le fond du droit n'a eu de cesse d'évoluer et d'être modernisé, non sans quelques excès depuis la recodification à droit constant du Code de commerce en 2000, notamment avec une année 2014 chargée : loi Pinel du 18 juin 2014 sur l'auto-entrepreneur, l'EIRL et les baux commerciaux (BMA 2014/7-8, p.5), ordonnance du 31 juillet 2014 sur le droit des sociétés (BMA 2014/9, p. 8) et les ordonnances du 12 mars 2014 et du 26 septembre 2014 sur les procédures collectives (BMA 2014/10, p.15). Une réforme substantielle ne viendrait que s'ajouter et son utilité serait contestable notamment en matière d'entreprises en difficulté, bien que le communiqué de presse de Madame Christine Taubira vise spécifiquement cette matière.

A l'opposé, une réforme statutaire et processuelle serait souhaitable. La juridiction consulaire, sous sa forme actuelle, a vécu : la multiplication des procédures et la complexification des affaires, dans le cadre d'une société économique « au ralenti », impose une refonte de l'organisation judiciaire de la justice commerciale. Selon le communiqué, le projet de loi mettra en œuvre un nouveau statut

des juges consulaires et des administrateurs et mandataires judiciaires. Il sera ainsi nécessaire de renforcer l'efficacité et l'impartialité de la justice commerciale ; sa célérité constitue également une problématique qui devra être abordée.

Reste à espérer que la réforme promise ne se fasse pas attendre comme l'arlésienne...

**Procédure civile**  
**Franck TOURET**  
**Enseignant de Droit privé**

### 1/ Adaptation de la procédure applicable devant la Cour de cassation

**D. n° 2014-1338, 6 nov. 2014, JO 8 nov.**

Le décret n° 2014-1338 du 6 novembre 2013 adapte la procédure civile applicable devant la Cour de cassation concernant, notamment, la recevabilité et les effets du pourvoi, afin de rendre plus efficace la procédure en cassation. D'abord, le décret ferme la voie du pourvoi, sous certaines conditions, en matière de sursis à statuer (art. 380 CPC) ou d'exécution provisoire. Toutefois, le décret ouvre la voie du pourvoi contre la décision qui statue sur la compétence sans trancher sur le fond (article 607-1 CPC). Ensuite, les conditions d'extension du pourvoi à la décision rendue avant-dire droit sont précisées. S'agissant d'un pourvoi formé dans l'intérêt de la loi, le décret fixe le délai dans lequel il peut être formé et permet aux parties de formuler des observations écrites (article 639-1 CPP). De plus, lorsque la formation de jugement envisage de prononcer une cassation sans renvoi, les parties seront désormais invitées à donner leur avis. Enfin, le décret précise les conditions dans lesquelles la Cour de cassation peut rendre une décision non spécialement motivée lorsque le pourvoi ou une partie des moyens qu'il soulève est irrecevable ou n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation

## **2/ Caducité de l'appel pour irrégularité de forme**

**Civ. 2<sup>e</sup>, 16 oct. 2014, n° de pourvoi 13-17999**

La caducité de la déclaration d'appel suscite un important contentieux (BMA 2014/9 p. 11). Dans la présente espèce, une société avait interjeté appel d'un jugement la condamnant à payer certaines sommes à une autre société. L'intimé invoquait la caducité de la déclaration d'appel faute de signification par l'appelant de ses conclusions dans les délais requis. Elle avait ensuite déféré à la cour d'appel de Paris l'ordonnance du conseiller de la mise en état la déboutant de cette demande. La cour d'appel saisie avait déclaré caduque la déclaration d'appel, en considérant que le délai de l'article 908 du Code de procédure civile devait être augmenté du délai prévu par l'article 911-2 dans la mesure où l'appelante était domiciliée hors de France. De plus, pour prononcer la caducité de la déclaration d'appel, cette dernière précise que l'avocat de l'appelant a transmis ses conclusions au greffe de la cour d'appel par voie électronique (RPVA), alors que la Cour d'appel de Paris ne fait pas partie des cours devant lesquelles la notification par RPVA des conclusions est autorisée par l'arrêté du 18 avril 2012. En conséquence, la transmission par cette voie n'a pas valeur de notification, qu'il s'ensuit que la partie appelante n'a pas remis au greffe ses conclusions dans le délai requis de cinq mois. La Cour de cassation relève, dans un premier temps, au visa de l'article 16 du Code de procédure civile, que « *le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction* ». Elle reproche ainsi aux juges du fond de ne pas avoir invité les parties à présenter leurs observations sur le moyen, relevé d'office, tiré de l'absence de remise au greffe par l'appelant de ses conclusions dans le délai de l'article 908 du Code de procédure civile augmenté conformément à l'article 911-2 du même code. Ensuite, elle affirme, au visa des articles 114 et 911 du Code de procédure civile que la caducité de la déclaration d'appel faute de notification par l'appelant de ses conclusions à l'intimé dans le délai imparti par l'article 911 du Code de procédure civile ne peut être encourue, en raison d'une irrégularité de forme affectant cette notification, qu'en cas d'annulation de cet

acte, laquelle est conditionnée à la démonstration, par celui qui l'invoque, d'un grief que lui a causé l'irrégularité.

## **3/ Contredit et observations écrites**

**Com. 14 oct. 2014, n° de pourvoi 13-17416**

Dans le cadre d'un contrat commercial, une partie saisit, en référé, le président d'un tribunal de commerce. Le contrat prévoyait une clause attributive de compétence, de sorte que l'une des parties a soulevé l'incompétence territoriale de la juridiction. Cette dernière se déclare incompétente. Un contredit est donc formé. La cour d'appel désigne comme tribunal compétence, le tribunal initialement saisi. De surcroît, elle relève que si la défenderesse au contredit avait constitué avocat, elle n'aurait pas conclu. La Cour de cassation censure les juges du fond. Selon les articles 455 et 458 du Code de procédure civile, le jugement doit être motivé à peine de nullité. Le défaut de réponse aux observations écrites prévues en matière de contredit par l'article 85 constitue un défaut de motifs. Or, en l'espèce, la partie défenderesse avait bien déposé des observations écrites, sans pourtant qu'elles ne soient prises en considération par les juges du fond.

## **4/ Point de départ dont dispose l'intimé pour conclure**

**Avis n° 15012 du 6 octobre 2014**

Dans la procédure ordinaire avec représentation obligatoire devant la cour d'appel, lorsque l'appelant a remis des conclusions au greffe, dans le délai de trois mois fixé par l'article 908 du Code de procédure civile, alors que l'intimé n'avait pas constitué avocat, la notification de ces conclusions à l'intimé faite dans ce délai ou, en vertu de l'article 911 du même code, au plus tard dans le mois suivant son expiration, constitue le point de départ du délai dont l'intimé dispose pour conclure, en application de l'article 909 de ce code.

## **5/ Péremption et diligence interruptive**

**Civ. 2<sup>e</sup>, 25 sept. 2014, n° de pourvoi 13-19583**

Par cet arrêt, la Cour de cassation apporte une précision quant aux diligences interruptives d'instance. Elle précise que la seule comparution

à une audience au cours de laquelle l'examen de l'affaire est renvoyé ne constitue pas, par elle-même, une diligence au sens de l'article 386 du Code de procédure civile, y compris lorsqu'en raison du caractère oral de la procédure, aucune obligation d'établir des écritures n'incombait aux parties.

### **6/ Caducité et compétence exclusive du conseiller de la mise en état**

**Civ. 3e, 24 sept. 2014, n° de pourvoi 13-21524**

L'article 911 du Code de procédure civile dispose que « *Le conseiller de la mise en état est compétent pour déclarer l'appel irrecevable et trancher à cette occasion toute question ayant trait à la recevabilité de l'appel* ». Or, la cour d'appel avait prononcé l'irrecevabilité des conclusions de l'intimé au motif que celles-ci avaient été produites au-delà du délai de deux mois prévu à l'article 909 du Code de procédure civile. Par cet arrêt, la Cour de cassation rappelle une règle classique de procédure civile en affirmant que la cour d'appel excède ses pouvoirs en prononçant l'irrecevabilité des conclusions de l'intimé. En effet, le conseiller de la mise en état est, lorsqu'il est désigné et jusqu'à son dessaisissement, seul compétent pour prononcer la caducité de l'appel, pour déclarer l'appel irrecevable et trancher à cette occasion toute question ayant trait à la recevabilité de l'appel ou pour déclarer les conclusions irrecevables en application des articles 909 et 910 du Code de procédure civile.

### **Procédures collectives et sûretés**

**Jacob BERREBI**

**Enseignant de Droit privé**

**Com. 4 nov. 2014, n° de pourvoi n° 13-23.070 : L'unité de la date de cessation des paiements enfin consacrée**

La solution était attendue au nom de la sécurité juridique, ce qui explique non seulement le revirement de jurisprudence ici opéré par la chambre commerciale de la Cour régulatrice,

mais également la publicité qui lui est donnée (l'arrêt est destiné à figurer au rapport annuel).

Cette décision semble mettre fin à une pratique de la Cour de cassation, notamment de ses chambres commerciale et criminelle, par laquelle ces dernières s'autorisaient à déterminer une date de cessation des paiements différente de celle retenue par les juges consulaires lors du jugement d'ouverture. Ce faisant, les hauts conseillers s'offraient toute latitude dans l'appréciation de la responsabilité d'un dirigeant pour insuffisance d'actif et dans la caractérisation d'une banqueroute.

Une telle latitude leur était permise au regard de la généralité des textes en la matière, particulièrement de l'article L. 651-2 du Code de commerce, relatif à la responsabilité pour insuffisance d'actif. Demeure qu'une telle liberté pour le juge était source d'insécurité juridique et le plus souvent de sévérité pour les dirigeants dont la responsabilité était recherchée.

L'arrêt du 4 novembre 2014 témoigne de la volonté de la chambre commerciale de rompre avec cette pratique. C'est ainsi qu'au visa de l'article L. 651-2 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008 (texte antérieur applicable à l'occurrence), les hauts conseillers de la formation commerciale décident que « *l'omission de déclaration de la cessation des paiements dans le délai légal, susceptible de constituer une faute de gestion, s'apprécie au regard de la seule date de la cessation des paiements fixée dans le jugement d'ouverture ou dans un jugement de report* ».

Une telle décision consacre donc l'unité de la date de cessation des paiements fixée dans le jugement d'ouverture ou dans un jugement de report avec la date prise en compte dans le cadre de l'établissement de la responsabilité pour insuffisance d'actifs. À noter que cette date est également prise en compte dans le cadre de la condamnation d'un dirigeant à une mesure d'interdiction de gérer, ce que le présent arrêt rappelle également (en application de l'article L. 653-8 du Code de commerce dont le mérite est la précision sur ce point).

Quant à la banqueroute, il s'agira d'observer les prochaines décisions de la chambre criminelle de la Haute juridiction pour connaître de son ralliement à la nouvelle position de la formation commerciale ou de sa résistance qui ne

manquerait pas d'alimenter une controverse prétorienne et doctrinale déjà étoffée en la matière.

**Procédure pénale**  
**Justine Mesnard**  
**Juriste**

**1/ Le rappel du caractère absolu de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil**  
**Crim. 18 nov. 2014, n° de pourvoi 13-88.240**

Depuis le fameux arrêt Placet dit Laurent Atthalin de la Chambre criminelle du 8 décembre 1906 (Bulletin n°443), les droits de la partie civile dans le procès pénal ont été renforcés. Cependant, dès le 19<sup>e</sup> siècle, le principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil a également été affirmé par la jurisprudence. Ainsi, aussi bien le juge civil que le juge pénal statuant au civil doivent respecter ce qui a été tranché antérieurement par les juridictions répressives.

L'avant-projet de futur Code de procédure pénale de mars 2010 prévoyait quant à lui une consécration du principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil. En effet, en son sein, figurait l'article 122-12 qui disposait que « *la décision de la juridiction pénale sur l'action pénale a autorité de la chose jugée devant la juridiction civile statuant sur l'action civile* ». Le projet fut abandonné au stade des concertations. Aussi, en l'absence de texte spécifique qui consacre ce principe, le droit prétorien n'a cessé de réaffirmer le caractère absolu de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, comme en témoigne la présente décision de la Chambre criminelle de la Cour de cassation.

En l'espèce, le prévenu avait été relaxé du délit de violences volontaires avec arme par un jugement définitif. La partie civile avait alors fait citer, deux années plus tard, le prévenu devant le tribunal correctionnel pour le voir condamner à réparer le préjudice résultant de cette infraction. Les premiers juges avaient déclaré l'action publique éteinte par la chose jugée et

l'action civile irrecevable. Les juges d'appel avaient quant à eux confirmé le jugement en ce qu'il avait déclaré l'action publique éteinte, mais infirmé le jugement sur l'irrecevabilité de l'action civile, énonçant « *qu'en raison de la survivance de l'action civile, les juges d'appel sont tenus de vérifier si les faits qui leur sont déférés entrent dans les prévisions des textes fondant la poursuite lorsque celle-ci a été clôturée par une relaxe, que ce soit pour inexistence des faits ou pour extinction de l'action publique* ». La Cour de cassation a cassé, au visa de l'article 3 du Code de procédure pénale et du principe selon lequel « *les tribunaux répressifs ne sont compétents pour connaître de l'action civile en réparation du dommage né d'une infraction qu'accessoirement à l'action publique* », l'arrêt de la Cour d'appel au motif qu'« *en raison de l'extinction de l'action publique, les juges répressifs ne pouvaient pas statuer sur l'action civile* ». Ce faisant, la Cour de cassation confirme que l'action civile est l'accessoire de l'action publique et qu'en l'absence de texte de loi consacrant le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, elle veille au respect de ce principe.

**2/ La garde à vue ne constitue pas un préalable à la procédure de comparution immédiate**  
**Crim. 18 nov. 2014, n° de pourvoi 14-81.332**

L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 393 du Code de procédure pénale relatif à la procédure de comparution immédiate dispose qu'« *en matière correctionnelle, lorsqu'il envisage de poursuivre une personne en application des articles 394 et 395, le procureur de la République ordonne qu'elle soit déférée devant lui* ». La procédure de comparution immédiate implique donc que la personne poursuivie soit présentée au procureur de la République. Il ressort de la lecture combinée de l'article précité avec l'article 394 du même code que la garde à vue cesse une fois que la personne a fait l'objet d'un déferrement devant le Parquet. Cependant, la garde à vue n'est en aucun cas une condition préalable aussi bien au déferrement devant le procureur de la République qu'à la mise en œuvre de la procédure de comparution immédiate. C'est du reste ce qu'est venue confirmer pour la première fois dans un arrêt publié au Bulletin, la Chambre criminelle de la Cour de cassation.

À la suite d'un contrôle routier, la prévenue, qui conduisait sous l'empire d'un état alcoolique en récidive, a été convoquée à la gendarmerie. Se présentant volontairement devant les enquêteurs, elle était placée en garde à vue puis déférée après son audition au procureur de la République, qui la renvoyait devant le tribunal correctionnel en comparution immédiate. In limine litis, la prévenue soulevait la nullité de sa garde à vue et des actes subséquents au motif que sa garde à vue n'était pas justifiée. Le Tribunal ainsi que la Cour d'appel faisaient droit à cette demande relevant que « *la mesure de garde à vue, prise dans l'unique but d'assurer le déferrement de l'intéressé, n'était pas justifiée, qu'une comparution immédiate aurait pu être envisagée le 25 mai 2013 et qu'elle ne nécessitait pas un placement en garde à vue et un déferrement immédiat, alors que la personne mise en cause s'est présentée volontairement devant les enquêteurs* ».

Au visa de l'article 62-2 du Code de procédure pénale, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Papeete rappelant que la mesure de garde à vue n'est en aucun cas un préalable nécessaire ni au déferrement devant le Parquet ni à la procédure de comparution immédiate. Bien au contraire, « *une mesure de garde à vue peut être décidée lorsqu'elle constitue l'unique moyen de permettre l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne, ou de garantir la présentation de la personne devant le procureur de la République afin que ce magistrat puisse apprécier la suite à donner à l'enquête* ».

Ce faisant, la Haute Juridiction est venue préciser l'articulation complexe de la procédure de comparution immédiate lorsqu'une personne a été placée en garde à vue puis déférée devant le procureur de la République. En rappelant que la garde à vue n'est pas la condition sine qua non du déferrement au procureur de la République, la Cour de cassation est venue rendre à l'article 62-2 du Code de procédure pénale ses lettres de noblesse. En effet, les juges du droit ont opéré un contrôle allégé de la nécessité de la garde à vue dans le cadre d'une procédure de comparution immédiate par l'application stricte de l'article 62-2 du Code de procédure pénale.

Toutefois, ce principe avait déjà été utilisé dans des arrêts de la Cour de cassation, aux termes desquels il était affirmé que la garde à vue n'était ni le préalable au déferrement ni à la comparution immédiate. Cependant, ces arrêts n'avaient jamais été publiés au Bulletin, ce qui restreignait incontestablement la portée dudit principe.

Aussi, la Cour de cassation avait censuré une cour d'appel qui avait annulé tous les actes subséquents à la garde à vue au motif « *qu'en statuant ainsi, alors que le procès-verbal d'interpellation en flagrant délit de recel de vol était antérieur aux mesures de garde à vue, et que, ni le constat de la situation irrégulière des deux étrangers ni leur déferrement en vue d'une comparution immédiate ne pouvaient être affectés par l'annulation de ces mesures, qui n'en étaient pas le support nécessaire* » (Cass. crim., 3 sept. 2003, n° 02-85.697).

Dans une autre décision, la Cour de cassation avait entériné l'arrêt d'appel et le jugement qui avaient énoncé que « *la garde à vue ne constitue pas un préalable nécessaire à la mise en œuvre de la procédure de comparution immédiate, la seule limite légale étant... la nature du délit et le quantum de la peine encourue* » (Cass. crim., 19 janvier 2005, N° de pourvoi 04-81.455).

Publié au Bulletin de la Cour de cassation, cet arrêt du 18 novembre 2014 opère un contrôle réduit de la nécessité de la garde à vue dans le cadre de la procédure de comparution immédiate et démontre le pragmatisme des Hauts magistrats, qui ont décidé de consacrer une conception concrète de cette procédure en pleine expansion, tout en redonnant à l'article 62-2 du Code de procédure pénale sa force légale.

Pour conclure, il sera rappelé que depuis la réforme pénale du 27 mai 2014 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, qui a transposé dans notre droit la directive européenne 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, les droits de la défense ont été renforcés, y compris lors de la procédure de comparution immédiate. Désormais, l'alinéa 2 de l'article 393 du Code de procédure pénale

prévoit que le procureur de la République devra après avoir constaté son identité et lui avoir fait connaître les faits qui lui sont reprochés, informer la personne de son droit d'être assistée par un interprète, et son droit à l'assistance d'un avocat.

### **3/ Légalité de la pose d'un procédé de géolocalisation à l'extérieur d'un véhicule volé et faussement immatriculé dans le cadre d'une enquête préliminaire**

**Crim. 15 oct. 2014, n° de pourvoi 14-85.056**

La géolocalisation permet de déterminer la position géographique d'une personne ou d'un objet, et de suivre ses mouvements soit par la pose d'une balise sur l'objet, soit par le téléphone de la personne. Couramment utilisé par les enquêteurs, ce procédé représentatif de l'apparition des nouvelles technologies dans notre procédure pénale, vient d'être régi par la loi du 28 mars 2014 qui a inséré dans le livre Ier, titre IV du Code de procédure pénale, un chapitre V, intitulé : « De la géolocalisation », composé des articles 230-32 à 230-44. Dorénavant, l'article 230-32 du Code de procédure pénale donne la définition suivante de la géolocalisation : « *tout moyen technique destiné à la localisation en temps réel, sur l'ensemble du territoire national, d'une personne, à l'insu de celle-ci, d'un véhicule ou de tout autre objet, sans le consentement de son propriétaire ou de son possesseur* ». La loi est également venue déterminer avec précision le champ d'application de cet acte d'administration de la preuve, mettant ainsi un terme à des incertitudes prétoriennes complexes. C'est cependant au regard de l'appréhension jurisprudentielle récente du procédé de géolocalisation que la loi du 28 mars 2014 a été adoptée et que la Chambre criminelle a rendu son arrêt du 15 octobre courant.

En effet, avant cette loi, il n'existait pas de dispositions spécifiques sur la géolocalisation et par deux arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 22 octobre 2013 (Cass. crim., 22 oct. 2013, n° 13-81.945, 13-81.949), il avait été retenu aux termes d'un attendu de principe qu'il se déduisait de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, « *que la technique dite de*

*"géolocalisation" constitue une ingérence dans la vie privée dont la gravité nécessite qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge* ».

Dans la première affaire, au stade de l'instruction, un magistrat instructeur avait fait procéder à une géolocalisation. La Haute Juridiction avait alors estimé que la Chambre de l'Instruction avait fait l'exacte application de l'article 8 de la Convention en estimant que cette « *surveillance, fondée sur l'article 81 du Code de procédure pénale, répond aux exigences de prévisibilité et d'accessibilité de la loi et qu'elle a été effectuée sous le contrôle d'un juge constituant une garantie suffisante contre l'arbitraire ; [...] que cette ingérence dans la vie privée de la personne concernée était proportionnée au but poursuivi, s'agissant d'une association de malfaiteurs en vue de préparer des actes de terrorisme portant gravement atteinte à l'ordre public, et qu'elle était nécessaire au sens de l'article 8, § 2 de la Convention EDH* ». Au contraire, dans le second arrêt, il s'agissait d'une autorisation du procureur de la République donnée aux officiers de police judiciaire d'opérer dans le cadre d'une enquête préliminaire, une géolocalisation. Sans surprise, à l'instar de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH, 2 sept. 2010, n° 35623/05, *Unzun c/ Allemagne*), la Chambre criminelle exigeait que la mesure de géolocalisation soit réalisée sous le contrôle d'un juge.

À la suite de ces deux arrêts, une circulaire de la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces (DACG) précisait l'interdiction des mesures de géolocalisation à « *toutes les enquêtes diligentées sous la direction du procureur de la République : flagrantes, recherches des causes de la mort ou de la disparition ou d'une personne en fuite* ». Aux termes de cette circulaire, il était également annoncé la volonté de la Garde des Sceaux de préparer une évolution législative. C'est ainsi que la loi du 28 mars 2014 sur la géolocalisation allait enfin régir les modalités d'application de ce procédé technologique pouvant entraîner une atteinte grave au droit au respect de la vie privée. Le Conseil Constitutionnel dans sa décision en date du 25 mars 2014 validait en partie la loi, reconnaissant qu'il y avait une atteinte à la vie privée dans la

mise en œuvre du dispositif de géolocalisation, qui nécessitait le contrôle de l'autorité judiciaire (Conseil constitutionnel 24 mars 2014 Décision CC 2014-693).

Le législateur est donc intervenu en respectant les exigences posées par la jurisprudence et par les sages de la rue Montpensier, tout en prévoyant aussi que le procédé de géolocalisation pourrait également être autorisé par le procureur de la République dans le cadre d'une enquête de flagrance ou d'une enquête préliminaire, mais dans un laps de temps plus limité que celui donné par un juge (art. 230-33 1° du CPP).

Aux termes de l'arrêt qui retient notre attention, une balise de géolocalisation avait été placée à l'extérieur d'une voiture volée, dans le cadre d'une enquête préliminaire pour des faits criminels. Le requérant exigeait l'annulation des pièces de la procédure relatives à la géolocalisation du véhicule volé au regard de la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH).

La Chambre de l'Instruction de Paris refusait de prononcer l'annulation des procès verbaux entraînant la formation d'un pourvoi par le requérant. Ce dernier, au regard de la jurisprudence de la Chambre criminelle, soulevait d'une part la violation de l'article 8 de la CEDH et d'autre part, le fait que cette atteinte à la vie privée devait être exécutée sous contrôle du juge.

Son pourvoi était rejeté par la Cour de cassation, qui venait confirmer les motifs de la Chambre de l'Instruction de Paris, qui avait écarté le moyen de nullité tiré de l'atteinte à l'intimité de la vie privée et du défaut de qualité du procureur de la République. La Haute Juridiction précisait « *que la pose d'un procédé de géolocalisation à l'extérieur d'un véhicule volé et faussement immatriculé était étrangère aux prévisions de l'article 8§2 de la CEDH* ».

Rendu sous l'empire du droit antérieur, cet arrêt opère donc un revirement de jurisprudence en entérinant le procédé de géolocalisation effectué à l'extérieur d'une voiture volée dans le cadre d'une enquête préliminaire. Cependant, ce revirement n'a plus de réelle incidence à ce jour,

la loi du 28 mars 2014 ayant donné une base légale au procédé.

Il est toutefois particulièrement appréciable de noter que par cette décision, la Chambre criminelle rendait une décision conforme aux nouvelles exigences légales.

**Droit public**  
**Grégory Portais**  
**Enseignant de Droit public**

#### **Précisions - attendues - sur la notion de clause exorbitante du droit commun**

**TC 13 octobre 2014 SA AXA France Iard c/ MAIF n° 3963**

Le Tribunal des conflits était amené à examiner la nature du contrat en cause. Pour le point qui nous intéresse, la question posée était celle de savoir si le contrat en question comportait une clause exorbitante du droit commun. Cet arrêt constitue une utile avancée dans la redéfinition de la notion.

Le critère de la clause exorbitante du droit commun est un critère ancien (Conseil d'Etat, 31 juillet 1912 Société des granites Porphyroïdes des Vosges). Il permet d'emporter la qualification d'un contrat en contrat administratif, quand bien même le bien en question relèverait du droit privé (Tribunal des conflits, 21 mai 2001, Clément). Le Tribunal des conflits avait pris soin de préciser qu'il suffisait qu'il existe une seule clause pour donner au contrat le caractère de contrat administratif (Tribunal des conflits, 16 janvier 1967, société du vélodrome du Parc des Princes).

La définition de la clause exorbitante du droit commun était pour le moins floue : « celle relative à des droits et obligations étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales » (Tribunal des conflits, 15 novembre 1999, Commune de Bourisp ou encore, pour reprendre l'arrêt mentionné dans les notes au GAJA sous Société des Granites : Conseil d'Etat, Section, 20 octobre 1950).

Dans ses conclusions sur l'affaire, le commissaire du gouvernement (il a gardé ce nom devant le Tribunal des conflits) rappelait que selon une « classification doctrinale consensuelle, les clauses exorbitantes ne s'entendent pas seulement de celles qui seraient impossibles ou illicites dans un contrat de droit privé, mais également de celles qui n'y sont pas usuelles ou habituelles ».

Le Tribunal des conflits était ici saisi de la question suivante : une clause prévoyant de laisser au bailleur pendant toute la durée du bail un libre accès et une libre circulation sans aucune restriction aux locaux dépendants de la parcelle constituait-elle une clause exorbitante du droit commun ?

Toute la difficulté résidait en réalité dans le fait que la clause exorbitante était définie jusqu'alors de manière essentiellement négative. Comme le relevait là encore le commissaire du gouvernement « Il n'y a pas de relation nécessaire entre l'anormalité d'une clause en droit privé et la qualification administrative du contrat. En fait, entre le contrat de droit privé ordinaire et le contrat administratif, il y a place pour le contrat de droit privé inusuel, illicite, léonin... et donc, d'une certaine manière, exorbitant ».

Soucieux d'opérer une systématisation de la jurisprudence existante, le rapporteur public confirme une hypothèse et précise une seconde.

**UNE HYPOTHESE CONFIRMEE :** les clauses prévoyant la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique sont des clauses exorbitantes du droit commun. Cette solution dérive notamment de la jurisprudence du Tribunal des conflits du 27 juillet 1950, Pelaboeuf.

**UNE HYPOTHESE PRECISEE :** les clauses qui, dans un but d'intérêt général, confèrent à la personne publique des prérogatives ou des avantages exorbitants ou soumettent le cocontractant à des obligations ou des sujétions exorbitantes. Deux critères doivent donc être mobilisés :

- Le but (ou le motif) dans lequel la prérogative a été reconnue : un but d'intérêt général (ce qui permettra alors de distinguer la clause de la clause exorbitante dans les contrats de droit privé)

- Le dispositif de la clause. Il est intéressant d'ailleurs de relever que la formulation du Tribunal des conflits est un peu moins précise que la formulation employée par son commissaire du gouvernement. Il restera donc à l'avenir de préciser si cette différence de formulation tient à une hésitation ou à un rejet de la définition proposée.

## Droit des libertés fondamentales

Martin Lacour

Avocat au sein du cabinet Homère

### Google condamné à supprimer des liens vers des propos diffamatoires !

**TGI Paris, ordonnance de référé, 16 septembre 2014, n° 14/55975**

Une décision rendue par le Président du tribunal de grande instance de Paris vient d'ordonner à la société Google France de supprimer des liens pointant vers des propos diffamatoires (TGI Paris, ordonnance de référé, 16 septembre 2014, n° 14/55975), en application d'une décision de la Cour de Justice de l'Union Européenne ("CJUE") rendue récemment (CJUE, 13 mai 2014, affaire C-131/12) et consacrant le "droit à l'oubli".

En l'espèce, les demandeurs avaient été victimes d'une atteinte à leur réputation suite à une diffamation par voie électronique, dont l'auteur avait été condamné par un tribunal correctionnel. Ayant par la suite constaté qu'une recherche sur le site Google visant leurs noms renvoyait comme résultats des liens pointant vers ces mêmes propos diffamatoires, les victimes de cette diffamation décidèrent de mettre Google en demeure de supprimer ces référencement. Google ayant rejeté leur demande, elles se virent contraintes de saisir le juge des référés pour lui demander d'ordonner à Google de faire cesser cette atteinte à leur réputation.

Avant de faire droit à leur demande, le juge des référés rejette les exceptions de nullité soulevées par Google France, qui soutenait en l'espèce que la loi du 29 juillet 1881 n'était pas applicable parce que la demande en suppression des liens du moteur de recherche ne constituait pas – à proprement parler – une action en diffamation. Ensuite, le juge considère que les arguments avancés à l'encontre de Google France par les victimes de diffamation sont suffisants pour ordonner à Google France de procéder à la suppression des liens litigieux sous astreinte de 1.000 euros par jour de retard.

A l'appui de leur argumentation, les victimes se fondaient sur une précédente décision de condamnation, rendue par un juge pénal français et reconnaissant le caractère diffamatoire des propos en cause. Les victimes invoquaient également la directive communautaire 95/46 CE transposée par la loi du 6 août 2004 et l'arrêt précité de la CJUE. Dans cet arrêt, qui visait déjà Google, la CJUE a jugé que l'établissement (ou la filiale) implanté dans un Etat membre de l'Union européenne en est son représentant dans l'Etat concerné et que « les activités de l'exploitant du moteur de recherche et celles de son établissement situé dans l'Etat membre concerné sont indissociablement liées ».

L'ordonnance du juge des référés montre qu'il est possible d'ordonner à un moteur de recherche, sous astreinte journalière, de retirer des liens pointant vers des propos jugés diffamatoires. Ce n'est pas rien, d'autant que les autres recours envisageables en pareilles circonstances, en particulier la saisine de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (« CNIL »), sont souvent longs et leur issue incertaine. La CNIL vient d'ailleurs de fixer des critères d'examen pour le déréférencement, mais il n'est pas dit que Google les respectera. Rien ne vaut mieux ici qu'une saisine individuelle du juge !

Si la décision commentée – tout comme la décision européenne invoquée à son appui - concerne Google, sa formulation générale permet de considérer que la solution a vocation à s'appliquer à tout autre moteur de recherche, et pourrait peut-être même être étendue à

toute personne reprenant de tels liens sur la toile. Si on cantonne toutefois l'analyse de la portée de cette décision à Google, on se souvient que le groupe a mis en place un formulaire de demande de suppression de contenu, dont les médias se sont largement fait l'écho ces derniers mois. Au terme de cette procédure entièrement contrôlée par Google, de nombreuses demandes de suppression formulées par les internautes semblent ne pas aboutir. Gageons donc que les actions individuelles devant le juge des référés vont prochainement se multiplier, particuliers et entreprises étant de plus en plus soucieux de leur e-réputation, et de moins en moins passifs face à ces atteintes (diffamations, injures, dénigrements en ligne...) et leurs référencement ! Peu à peu se dessinent ainsi les contours d'un véritable droit de la personnalité numérique, au centre duquel se trouve aujourd'hui la question du droit à l'oubli, mais ce n'est qu'un début !

---

# CRISP

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation

---