

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

**N°17 – Mai 2015**

## **Sommaire**

L'édito	p. 4
L'article du mois	p. 5
L'actualité	p. 15

# **CRISP**

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation

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

## **L'article du mois**

### **Connaître pour réussir le CRFPA**

Une fois n'est pas coutume, commençons par une devinette.

L'examen d'avocat partage, avec l'entrée à Sciences Po, un drôle de point commun ; devinez lequel.

Réponse : tous les deux s'appellent « examen » tout en étant en réalité de véritable... concours. C'est évident depuis longtemps lorsque l'on regarde le taux de sélectivité aux CRFPA sur l'ensemble du territoire et ce le sera de plus de plus avec la création du concours national d'avocat annoncé pour 2016.

Par Philippe MAZET



**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, de la magistrature ou passer les grands concours de la fonction publique, l'ISP propose, depuis plus de 30 ans, des formations dédiées et éprouvées.

**LES FORMATIONS DE L'INSTITUT SUPERIEUR DE  
PREPARATION SUR :**

<http://www.prepa-isp.fr>

**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.

## CANDIDATS A L'EXAMEN DU CRFPA 2015 ?

**VOUS AVEZ BESOIN D'AIDE, DE CONSEILS POUR PRÉPARER L'EXAMEN DU CRFPA,  
D'INFORMATIONS SUR LES SPÉCIFICITÉS DE VOTRE IEJ ?**

Rencontrez un enseignant de l'ISP pour un entretien pédagogique.

Cet entretien est proposé gratuitement et sans aucune condition d'inscription.

Adressez un mail à l'adresse suivante  
[isp.prepa.crfpa@gmail.com](mailto:isp.prepa.crfpa@gmail.com)

### L'ISP PROPOSE 5 FORMULES TOUTES DÉDIÉES À LA RÉUSSITE DES ÉLÈVES

**Une formule estivale longue** (du 13 juillet au 16 août 2015) 2300 €  
comprenant la méthodologie en vidéo + les fascicules de cours + les annales de votre IEJ + les cours en intégralité (120h) + 5 concours blancs dans chaque matière + les cours d'actualisations en vidéo + deux bilans pédagogiques personnalisés + 4 simulations orales individuelles + le bénéfice du « contrat réussite »

**Une formule estivale courte « Max »** (du 6 au 19 juillet ou du 17 au 30 août) 1600 €  
comprenant la méthodologie en vidéo + les fascicules de cours + les annales de votre IEJ + les cours dans les matières fondamentales (38h) + 5 concours blancs dans chaque matière + les cours d'actualisations en vidéo + deux bilans pédagogiques personnalisés + 4 simulations orales individuelles + le bénéfice du « contrat réussite »

**Une formule estivale courte « Essentiel »** (du 6 au 19 juillet ou du 17 au 30 août) 1100 €  
comprenant la méthodologie en vidéo + les fascicules de cours + les annales de votre IEJ + les cours dans les matières fondamentales (38h) + 2 concours blancs dans chaque matière + les cours d'actualisations en vidéo + deux bilans pédagogiques personnalisés + 2 simulations orales individuelles + le bénéfice du « contrat réussite »

**Une formule Concours blancs (CB)** à distance (à partir du mois de février) 900 €  
Comprenant la méthodologie en vidéo + les fascicules de cours + les annales de votre IEJ + 5 concours blancs dans chaque matière + les cours d'actualisations en vidéo + 1 bilan pédagogique personnalisé + 1 simulation orale individuelle

**Une formule prépa « à la carte »** (du 13 juillet au 16 août 2015) à partir de 450 €  
Possibilité de choisir une ou plusieurs matières entre Synthèse, Obligations, Procédure, Option, Libertés fondamentales avec, dans chaque matière choisie, la méthodologie en vidéo + le fascicule de cours + les annales de votre IEJ + les cours + 5 concours blancs + les actualisations en vidéo + 1 bilan pédagogique personnalisé

### LIEN DOSSIER D'INSCRIPTION

## L'édito

### **Connaître pour réussir le CRFPA**

Une fois n'est pas coutume, commençons par une devinette.

L'examen d'avocat partage, avec l'entrée à Sciences Po, un drôle de point commun ; devinez lequel.

Réponse : tous les deux s'appellent « examen » tout en étant en réalité de véritable... concours. C'est évident depuis longtemps lorsque l'on regarde le taux de sélectivité aux CRFPA sur l'ensemble du territoire et ce le sera de plus de plus avec la création du concours national d'avocat annoncé pour 2016.

Pour réussir, il ne suffit donc pas de faire honorablement son travail et de rendre des copies méritant plus que la sacrosainte moyenne. Il faut en réalité être meilleur que les autres candidats au regard des attentes spécifiques du jury dans l'ensemble des matières, y compris celles qui ne sont pas à proprement parler vos points forts. A l'excellence de la préparation sur le fond, s'ajoute donc une capacité à s'adapter aux critères très particuliers de chacun des IEJ, sachant qu'au sein d'un même centre, les exigences peuvent varier d'une matière ou d'un type d'exercice (dissertation, cas pratique, commentaire d'arrêt ou d'articles) à l'autre !

L'été approche et avec lui c'est la saison traditionnelle des stages de préparation qui s'annonce. Mais, bonne nouvelle, sans attendre le début des prépas intensives, les professeurs de l'ISP membres du CRISP reviennent avec nous sur les épreuves du CRFPA. Dans ce nouveau du BMA, ils donnent les premières clés de la réussite pour

l'épreuve de droit des obligations, de note de synthèse et le grand oral de libertés tant

redouté, car trop souvent incompris des candidats. Le BMA du mois prochain sera lui consacré aux procédures civile, pénale et administrative sans oublier la question stratégique du choix de l'option.

Mon mot d'introduction s'arrêtera donc là, tant l'essentiel est de laisser les colonnes du BMA à nos auteurs de ce mois-ci, chacun expert dans la préparation de leurs épreuves. Un seul conseil : lisez et relisez ce que les possesseurs partagent avec vous dans ce BMA, car aux dires des étudiants, cela peut faire la différence le jour J du concours.... euh pardon, il faut encore dire de « l'examen ».

**Philippe MAZET**  
*Président du Centre de  
Recherche de l'ISP*

## L'article du mois

### Connaître et réussir l'épreuve de droit des obligations au CRFPA 2015

Dans le cadre du CRFPA, **l'épreuve de droit des obligations est l'une des deux épreuves phares de l'admissibilité** – avec la note de synthèse –. C'est un paradoxe lorsque l'on sait le faible coefficient dont l'épreuve de droit des obligations est affectée (coefficient 1, puisqu'elle correspond à la moitié de l'épreuve de composition juridique de 5 heures, coefficient 2). Pour rappel, l'épreuve de spécialité (appelée également épreuve à caractère pratique) de 3 heures est notée avec un coefficient 2.

Pourtant, il existe une vérité non démentie : le droit des obligations constitue la matière « reine » du droit privé et des écrits du CRFPA. Elle est considérée dans la plupart des IEJ comme l'épreuve révélatrice du niveau des étudiants. L'on comprend que la note de l'élève en droit des obligations est l'une des premières regardées par le jury lorsqu'il s'agit de délibérer sur le cas d'un étudiant dont les notes sont un peu justes.

À bien des égards, l'épreuve de droit des obligations se distingue des autres épreuves du CRFPA, tant du point de vue de l'étendue du programme (I) que de la nature de l'épreuve elle-même (II).

#### I/ LE PROGRAMME

L'épreuve de droit des obligations est celle dont le programme est le plus étendu au niveau de l'admissibilité (A) ; pourtant, il est possible de le circonscrire par la connaissance des habitudes de son IEJ et de l'actualité (B).

#### A/ Un programme particulièrement étendu en théorie

**La partie évidente du programme** – Le droit des obligations se concentre traditionnellement sur

le droit des contrats et le droit du délit. Quel que soit le type d'exercice auquel les étudiants sont confrontés, la formation des contrats, l'exécution des contrats et la responsabilité civile (contractuelle et extra-contractuelle) constituent la base des sujets donnés chaque année. La raison s'en trouve de l'importance qualitative comme quantitative de la jurisprudence dans ces matières. L'impétrant est donc sensiblement en terrain connu, car ce sont des matières le plus souvent étudiées en deuxième année de Licence. Pour autant, il convient de rappeler que les exigences de connaissances et de réflexion propres au CRFPA impliquent que les étudiants dépassent les seules bases acquises en deuxième année et même le contenu traditionnel des manuels trop souvent insuffisant, notamment d'un point de vue pratique et technique.

**La partie moins connue du programme** – Le programme affiché dans le décret d'examen (Lien) fait également directement ou indirectement référence aux quasi-contrats, au régime des obligations, au droit de la preuve ainsi qu'au droit de la prescription. Or, ce sont des thématiques rarement envisagées à la Faculté. Elles se présentent rarement sous la forme de sujet autonome (même si ce n'est pas impossible, il est difficile d'envisager une dissertation intitulée « La subrogation ») ; néanmoins, elles peuvent constituer des interrogations au sein d'un cas pratique ou être nécessaires à la compréhension d'un arrêt. Le travail de l'étudiant n'est plus seulement celui du perfectionnement et de l'approfondissement des connaissances techniques comme en

Jacob BERREBI  
Enseignant de Droit privé à  
l'ISP

matière de contrat ou de délit. Ici, le candidat devra commencer par apprendre et comprendre les bases avant de dépasser la surface pour les approfondir. C'est un travail fastidieux, impossible à réaliser seul dans un court laps de temps.

Heureusement, si le programme est vaste (sans doute le plus étendu avec celui des libertés fondamentales), il peut être rationalisé.

### **B/ Un programme variable en pratique**

**Un programme variable en fonction des IEJ** – Rares sont les IEJ qui n'indiquent pas expressément ou implicitement l'exact programme de révision sur lequel les élèves doivent porter leur attention. Certains professeurs d'IEJ peuvent décider d'interroger les étudiants seulement sur une partie du programme ; régulièrement les élèves en sont informés au cours de l'année et des cours à l'IEJ. C'est l'occasion également pour lesdits professeurs de prévenir les étudiants de leurs préférences. L'on sait ainsi qu'un IEJ parisien interroge chaque année sur le régime des obligations en cas pratiques (ne faudrait-il pas donner un exemple aussi d'un IEJ de province ?). Un rappel néanmoins : indépendamment des indications qu'il a données, le professeur de l'IEJ demeure libre de vous interroger sur l'ensemble du programme, alors méfiance ! Il existe une seconde source importante d'informations : les annales. Certains IEJ ont des traditions, des thématiques fétiches, des interrogations récurrentes... La connaissance des annales ne saurait suffire, mais constitue un élément critique du programme et un guide des révisions nécessaires dans chaque IEJ.

**Un programme variable en fonction de l'actualité** – Traditionnellement, l'actualité législative et prétorienne est au cœur de l'épreuve du droit des obligations au CRFPA. Quel que soit le type d'épreuves, la maîtrise de l'actualité juridique des deux ou trois dernières années – sinon celle des 12 derniers mois – constitue une réelle nécessité voire une condition de réussite. Tel est le cas dans la plupart des IEJ. Cependant, ce n'est pas une vérité absolue : d'une part, certains IEJ résistent à cette tendance et en prennent volontairement

le contre-pied en proposant des exercices détachés de l'actualité (un commentaire d'un arrêt ancien par exemple). Ici, la connaissance des habitudes de l'IEJ est de nouveau essentielle. D'autre part, la connaissance de l'actualité ne saurait suffire ; anticiper les questions et thématiques ne sert point si l'on n'a pas une parfaite maîtrise de la méthodologie des épreuves (un peu léger sur la méthode ?).

Pour conclure sur le programme de l'épreuve de droit des obligations, il est nécessaire de relever une particularité essentielle de l'examen 2015 : se trouve discuté cette année le contenu du projet de réforme du droit des contrats (BMA 2014/3 p.6 et BMA 2014/6 p. 6). Cette réforme qui fera l'objet d'une ordonnance publiée à la fin de l'année 2015 ou au plus tard au début de l'année 2016 va participer à grandement modifier le droit français des contrats. *A priori* – c'est une quasi-certitude si l'on en croit le calendrier du Ministère de la justice –, la réforme ne sera donc pas passée lorsque les étudiants se confronteront à l'épreuve de droit des obligations du CRFPA 2015. Cependant, il ne faut pas en négliger l'importance. À tout le moins en fonction de l'épreuve en cause...

### **Que faut-il retenir ?**

**Il ne faut faire aucune impasse sur le programme, mais il est important de connaître les spécificités de votre IEJ et savoir cibler ses dernières révisions**

### **II/ L'épreuve**

L'épreuve de droit des obligations est spécifique à un double titre : au regard de sa durée (A), au regard de la diversité des exercices susceptibles d'être proposés (B).

#### **A/ La durée de l'épreuve**

**Une durée fixe en théorie** – L'épreuve de droit des obligations constitue, en réalité, une moitié d'épreuve : la composition juridique de 5 heures laquelle comprend donc un exercice en droit des obligations et un exercice dans l'une des trois matières de procédure : procédure civile, procédure pénale ou procédure administrative contentieuse. La composition juridique est notée

avec un coefficient de 2 ; l'on comprend que chaque demi-épreuve est donc également notée avec un coefficient 1. Il y a donc une logique mathématique à considérer qu'il convient de traiter chacune de ces deux demi-épreuves dans un temps égal : 2 heures 30. Une première observation doit être immédiatement réalisée : jamais au cours du cursus universitaire, vous n'avez composé d'épreuves dans une telle durée... Le plus souvent, la durée des examens universitaires est de 3 heures. Les examinateurs ont également l'habitude de « fabriquer » des sujets pour des épreuves d'une durée de 3 heures. C'est donc la première fois que vous aurez à composer en un temps raccourci d'un sixième soit de 30 minutes ; c'est la raison pour laquelle l'épreuve de droit des obligations est non seulement une épreuve technique, mais également une épreuve de célérité...

**Une durée en pratique variable** – L'analyse arithmétique du temps d'épreuve est théorique dès lors que les élèves se voient confier les deux sujets (obligations et procédure) et les copies sont rendues ensemble au terme des 5 heures. L'étudiant a donc une réelle liberté d'organisation de ces 5 heures ! Il faut savoir tirer les bénéfices de cette liberté et ne pas la subir. Il s'agit là de stratégie : en fonction des exercices, de ses connaissances, de ses affinités avec les matières, des sujets, l'élève doit savoir déroger à la division des 5 heures en deux. Il est possible, par exemple de consacrer 3 heures à l'une, 2 heures à l'autre. Il faut néanmoins se garder de tout excès, car il est nécessaire de finir les deux épreuves. Seul l'entraînement, vous permettra d'adopter une bonne stratégie et surtout vous offrira une réelle capacité d'adaptation le jour de l'examen... d'ailleurs, cela s'étend au choix de l'épreuve par laquelle commencer : obligation ou procédure.

### **B/ La diversité de l'épreuve**

**Trois épreuves classiques + 1 originale** – La composition juridique en droit des obligations est une épreuve qui peut être plutôt théorique, pratique ou mixte : autrement dit, vous pouvez être confronté en principe soit à une dissertation, soit à un cas pratique, soit à un commentaire d'arrêt. Quant à la **dissertation**, elle doit être orientée et problématisée : la

récitation universitaire de cours est proscrite. Il est nécessaire donc de dépasser l'idée de compilation des idées pour réaliser une réelle démonstration. Quant au **cas pratique**, il faut savoir faire la différence entre un cas pratique ouvert (dans lequel il est difficile de déterminer toutes les questions posées) et un cas pratique fermé (dans lequel les questions apparaissent clairement, mais les solutions sont complexes), entre un cas pratique de consultation (l'on intervient au conseil d'une personne, dans la défense de ses intérêts et de manière subjective) et un cas pratique de contentieux (il convient de trancher un litige de manière objective, c'est-à-dire en adoptant davantage la posture d'un magistrat que celle d'un avocat). Dans tous les cas, il faut avoir une parfaite maîtrise du syllogisme judiciaire (majeure – mineure – solution). Quant au **commentaire d'arrêt**, il faut savoir abandonner les plans-type appris à la Faculté : l'on ne peut se limiter à paraphraser la décision ou encore à en envisager vaguement le sens, la valeur et la portée de l'arrêt. Non seulement ces éléments doivent figurer dans le commentaire, mais ils doivent être ordonnés et employés dans un objectif unique : reproduire le raisonnement des juges. Attention, certains IEJ proposent également des commentaires de plusieurs arrêts joints ou à comparer. L'exercice s'en trouve compliqué à plusieurs titres : d'un côté, le sujet est nécessairement plus long ; de l'autre, ce type d'exercices exige une méthodologie appropriée. Enfin, il est également possible d'être confronté à un **commentaire d'un article** (ou de plusieurs articles) de loi, du Code civil notamment. Non seulement cet exercice est de plus en plus répandu dans les IEJ, mais cette tendance va se renforcer : des enseignants de la matière ont déjà affirmé que le projet de réforme du droit des contrats sera l'occasion d'un commentaire d'articles à l'examen du CRFPA 2015. S'il était nécessaire de la rappeler à nouveau, il est nécessaire de connaître les habitudes de son IEJ et de réaliser un travail spécifique.

**Une façon de les aborder** – Dans tous les cas, il est nécessaire d'avoir une parfaite maîtrise des fondements juridiques, des connaissances de base et de l'actualité législative comme prétorienne. Mais ce n'est pas suffisant : dans tous les cas, l'épreuve de droit des obligations

est technique. La démonstration que le candidat doit produire dans le cadre de la dissertation est un leitmotiv de tous les exercices donc également dans le commentaire d'arrêt, dans le commentaire d'article et dans le cas pratique. Cela nécessite de clairement circonscrire le sujet et le champ des interrogations. Il est impératif de savoir ordonner clairement ses connaissances, faciliter le travail de l'examineur par la clarté des développements, apporter de réelles solutions et explications, dépasser les évidences pour révéler une réflexion approfondie, etc. C'est difficile de le comprendre de premier abord, mais, au final, l'on s'aperçoit au travers des corrections d'Annales que si les exercices sont formellement différents, ils sont philosophiquement et substantiellement proches : le candidat doit dépasser sa condition d'étudiant et révéler ses aptitudes professionnelles à exercer la profession d'avocat, révéler sa capacité à construire une démonstration juridique. Au final, le cursus universitaire classique ne prépare pas à l'épreuve de droit des obligations au CRFPA, ses spécificités étant trop nombreuses.

#### **Ce qu'il faut retenir :**

**L'épreuve de droit des obligations au CRFPA est spécifique : il s'agit d'une épreuve de célérité en même temps qu'une épreuve technique. Il faut maîtriser la méthodologie propre au CRFPA, se préparer à tout type d'exercices, mais s'être entraîné encore et encore dans le cadre de l'épreuve traditionnellement proposée par son IEJ.**

#### **Conclusion : une dernière chose essentielle !**

Vous devez impérativement vous renseigner sur le point de savoir si vous avez droit au Code civil au cours de l'épreuve de votre IEJ... Vous n'aborderez pas l'épreuve de la même manière avec ou sans code ; les exigences des examinateurs ne sont pas les mêmes si vous avez droit au code ou non ... N'oubliez pas : vous devez vous entraîner en conditions !

## L'article du mois

### Connaître et réussir l'épreuve du Grand Oral de libertés publiques

« *Tout le succès d'une opération réside dans sa préparation* » (Sun Tzu)

L'épreuve de Grand oral de libertés publiques apparaît à la fois comme une épreuve de fond, visant à sanctionner la maîtrise de connaissances relatives au programme de libertés publiques ([Lien](#)) et comme une épreuve d'éloquence dont l'objet sera d'apprécier les qualités oratoires du candidat ainsi que sa capacité à bien réagir dans des situations professionnelles. Elle doit donc être distinguée de l'épreuve de « Grand Oral » organisée par certains Masters 2. Il s'agit indéniablement d'un exercice original qui doit faire l'objet d'une préparation spécifique et rigoureuse. Cela d'autant plus qu'il est un moyen, pour le jury, de « rencontrer » le candidat et de valider son admission ou, au contraire, d'y opposer son « veto » en donnant une note volontairement très faible. N'oubliez pas que les membres du jury auront en permanence une question en tête : puis-je imaginer le candidat en train de plaider ? Donner aux étudiants des conseils utiles pour la réussite à cette épreuve suppose de répondre de façon assez prosaïque à trois grandes questions : Quoi ? Quand ? Comment ?

#### I/ QUOI ?

*Le déroulement de l'épreuve : éléments généraux et spécificités locales*

Le Grand Oral se déroule en trois grandes étapes : une première étape que l'on peut appeler l'« étape préparatoire » pendant laquelle l'étudiant compose en salle pendant une heure ; une deuxième étape consistant dans la présentation du sujet par le candidat pendant une durée d'une quinzaine de minutes au plus et, enfin, une phase de

questions dont la durée est en principe au moins égale à celle de l'exposé. Il faut également rappeler que le jury est composé d'un universitaire, d'un avocat et d'un magistrat.

Par-delà ces quelques éléments généraux, c'est le localisme qui l'emporte ! Certains IEJ proposent des types de sujets identiques (traditionnellement la soutenance d'une thèse à Paris 1, un commentaire d'arrêt à Paris 5 etc...) quand d'autres font preuves d'un grand éclectisme (sujet de type dissertation, commentaire d'article de presse, commentaire d'articles du code civil etc.). Il est donc essentiel de déterminer la nature des sujets proposés. Cette information ainsi que les annales des années précédentes peuvent être communiquées par les IEJ, par des associations ainsi par les préparations privées.

#### *Un programme ? Quel programme ?*

Le Grand Oral porte sur le droit des « libertés publiques », discipline enseignée en principe en Licence 3. Cela étant la matière est elle-même extrêmement large et transversale de sorte que des sujets très variés peuvent être proposés : sujet à dominante procédure pénale à mettre en rapport avec le principe de sûreté ; sujet relatif au droit de la famille à mettre en rapport avec le droit à une vie privée et familiale normale ; sujet de droit administratif en rapport avec les droits des détenus etc. Il faut ajouter à cela la possibilité pour le jury de poser des questions en rapport avec le sujet traité mais également sur d'autres thèmes. En pratique certaines

Matthieu THAURY  
Enseignant en droit des  
libertés publiques à l'ISP

questions renvoient à la culture juridique générale (qu'est-ce que la loyauté de la preuve ? qu'est-ce qu'une procédure d'urgence etc.) voire à la culture générale tout court (que symbolise la colombe ? que pouvez-vous nous dire sur le procès de Louis XVI ? Qu'est-ce qu'un immortel ? etc). Les membres du jury ne sont pas tous des spécialistes de libertés publiques et auront tendance à poser des questions en rapport avec leurs spécialités, les dossiers qu'ils ont à traiter...

Ce qu'il faut retenir : la connaissance du programme de libertés publiques est une condition nécessaire mais nullement suffisante pour réussir le grand Oral. A l'inverse, l'étudiant qui, sans maîtriser de façon détaillée toutes les subtilités de la matière, dispose de solides connaissances de base, d'une aptitude au raisonnement juridique et d'une bonne culture générale a toutes ses chances. Une tête bien faite plutôt que trop pleine aurait dit Montaigne...

## II/ QUAND ?

*Rien ne sert de courir, il faut partir à point...*

Le Grand Oral est une épreuve particulièrement importante mais elle intervient lors de la phase d'admission. Les candidats se trouvent alors confrontés à un véritable casse-tête : quand commencer les révisions ? A l'exception des étudiants qui disposent d'une année entière pour se préparer véritablement, il est à l'évidence utopique de penser que l'épreuve du Grand Oral pourra être préparée avec tout le sérieux requis entre le début du mois de juin et le début du mois de septembre. Les étudiants sont alors concentrés sur les épreuves d'admissibilité et ils ont raison ! L'assimilation de la méthode de la note de synthèse, la mise au point en droit des obligations, l'approfondissement de la matière de spécialité et des épreuves de procédures les assureront d'un été bien occupé... Ce n'est donc pas pendant cette période que le vaste programme de libertés publiques pourra être ingurgité dans sa globalité.

*Mails le temps perdu ne se rattrape plus !*

Sans remettre en cause le propos qui précède, le réalisme (toujours lui) oblige à admettre qu'il n'est nullement possible de préparer l'épreuve du Grand oral sur la période qui s'étend entre les épreuves d'admissibilité et les épreuves d'admission. Cela est d'autant plus improbable que les étudiants seront physiquement et psychologiquement éprouvés à l'issue des épreuves écrites. Une période de décompression est à prévoir. Il convient donc de se préparer un minimum pendant la période qui précède les écrits.

Ce qu'il faut retenir : il n'est guère envisageable de réviser l'ensemble du programme de libertés avant les écrits mais il est hautement souhaitable que les étudiants aient commencé leur travail pendant cette période, soit en procédant à une première lecture des manuels de libertés, soit en ayant déjà fiché un certain nombre de thème.

## III/ COMMENT ?

Voici pêle-mêle différents conseils à l'adresse des étudiants pour optimiser leurs chances de succès.

*Connais-toi toi-même !*

Ne foncez pas tête baissée dans la révision de l'ensemble des thèmes de libertés dans leurs moindres subtilités. Commencez par faire l'inventaire de vos points forts et de vos points faibles et commencez en révisant ces derniers. Si vous êtes un(e) pur(e) privatiste, travaillez assidûment les thèmes relatifs au droit constitutionnel et au droit administratif et laissez les thèmes afférents aux matières du droit privé pour la fin de vos révisions.

Par ailleurs, de nombreux thèmes auront été traités lors de votre préparation en IEJ et/ou en préparation privée soit à travers un dossier de note de synthèse, soit à l'occasion d'une conférence d'actualité ou d'un cours. Comme Monsieur Jourdain, faisait de la prose sans le savoir, les candidats ont déjà fait des libertés publiques pour préparer leurs écrits. L'étudiant qui aura composé sur un dossier relatif à l'homoparentalité en note de synthèse et suivi un cours de droit du travail à l'occasion duquel la question des libertés fondamentales du salarié aura été traitée est

déjà en mesure de discuter de ces sujets avec un jury. Il lui reste seulement à les intégrer dans une « approche libertés publiques ».

*Simulez, simulez, il en restera toujours quelques chose !*

Les IEJ et les prépas privées permettent aux étudiants de passer des simulations de Grand Oral. Ces exercices sont d'une grande importance dès lors que, comme il a été vu, l'éloquence et les qualités professionnelles sont des éléments essentiels de la notation. Tout s'apprend, y compris la manière de s'exprimer, de réagir à certaines questions, la gestuelle, l'articulation etc. Dans la plupart des cas, une seule simulation ne suffit pas. Il convient d'en passer au moins deux, trois si possible, pour être bien préparé.

#### *Maîtriser le temps*

Il est indispensable d'établir un emploi du temps rigoureux mais aussi réaliste pour organiser sa préparation. Dans l'idéal, celle-ci comportera trois étapes.

- Avant les écrits, il convient de fichier les thèmes relatifs à la théorie générale (sources des libertés publiques, protection juridictionnelle, droit au procès équitable etc.). Ce n'est pas du temps perdu car ces connaissances peuvent être mises à profit pour les épreuves écrites, notamment elles participent de la culture juridique exigée pour la note de synthèse. Dans l'idéal, il peut être utile de passer une simulation au cours du printemps ne serait-ce que pour se faire une idée de l'épreuve. Certains IEJ et certaines préparations privées proposent cet exercice.
- Après les écrits, dans une première phase, il faut réviser les thèmes restants tout en suivant de façon assidue l'actualité, en lisant notamment le BMA. Les étudiants inscrits en préparation privée bénéficient en principe d'une actualisation périodique et de cours/conférences qui leur fera

gagner ce qu'il y a de plus précieux : le temps !

- Après les écrits, dans une deuxième phase, les étudiants se concentrent sur les simulations qui deviennent véritablement intéressantes une fois le programme intégralement parcouru. N'attendez pas trop longtemps pour passer la première simulation afin d'avoir suffisamment de temps pour en programmer une ou deux autres si nécessaire avant le début des épreuves.

#### *Avoir une approche pragmatique de l'épreuve*

Il existe, nous l'avons vu, de nombreuses spécificités en fonctions des IEJ. Il est indispensable d'obtenir les renseignements suivants : quelle est la nature des exercices proposés dans l'IEJ, quels sont les sujets proposés en simulation ou en cours par l'IEJ au cours de l'année ? Quels sont les documents autorisés pendant l'heure de préparation ?

Par ailleurs, le candidat avisé s'intéressera à la composition de son jury, normalement connue quelques jours avant le passage. Les dernières fiches de révisions élaborées devront être adaptées en fonction des spécialités des membres du jury, notamment de l'universitaire. S'il s'agit d'un spécialiste de l'histoire du droit, par exemple, il peut être utile de bachoter quelques aspects essentiels de la matière (les grands procès historiques par exemple). Pour les IEJ dans lesquels l'épreuve est publique, il est conseillé d'assister à quelques passages de candidats ou de demander à un camarade d'y assister pour savoir quels sont les sujets qui ont été donnés et quelles questions ont été posées.

#### **Conclusion**

La préparation du Grand Oral doit faire l'objet d'un planning réaliste et précis. Elle doit commencer avant les épreuves d'admissibilité. Surtout, elle ne consiste pas exclusivement en un fichage des thèmes de libertés mais suppose des entraînements concrets sous la forme de simulations.

## L'article du mois

### Connaître et réussir l'épreuve de note de synthèse

La réforme de l'examen du CRFPA, intervenue en 2005, n'a pas modifié la nature de l'épreuve de note de synthèse. Néanmoins, la réforme a modifié le coefficient de l'épreuve qui est désormais affecté d'un coefficient 2, équivalent à la double composition et à l'option. Il est donc aisé de comprendre que la note de synthèse est l'épreuve qui ne doit surtout pas être négligée par les étudiants. D'autant plus, que cette épreuve ne nécessite pas de réflexion, mais seulement la mise en œuvre, le jour de l'examen, d'une méthode éprouvée.

Dans le cadre de l'examen de l'avocature, comme la double composition, la note de synthèse est un exercice d'une durée de cinq heures. Cette épreuve consiste à rendre compte d'un dossier de trente à cinquante pages (parfois plus pour certains IEJ), composé de dix à trente documents pour les plus conséquents, dans un plan organisé en quatre ou cinq pages, soit une copie double et une page recto.

L'objectif de la note de synthèse est de permettre au destinataire de la note de connaître tous les éléments essentiels du dossier, sans avoir besoin de prendre connaissance du corpus. De manière tautologique, il faut extraire de la substance du dossier l'essentiel, pour en faire une synthèse. Plusieurs qualités sont attendues. La note de synthèse réside dans la qualité du travail de synthèse réalisé à partir d'une lecture des différents documents. De surcroît, la note de synthèse permet d'évaluer le candidat sur sa maîtrise de la langue française et du langage juridique. Enfin, la forme et le style présentent une grande importance. En effet, le devoir étant court, les exigences tant sur la forme que sur le fond sont accentuées.

La note de synthèse est souvent perçue par les étudiants comme un exercice difficile, aléatoire et inutile dans l'optique de la profession d'avocat.

Premièrement, ces critiques peuvent s'expliquer par l'appréhension d'un nouvel exercice, inconnu de la plupart des candidats. En effet, cet exercice n'est pas proposé durant le cursus universitaire, les étudiants ne sont donc confrontés à cet exercice qu'au stade d'un examen ou d'un concours. Deuxièmement, les étudiants ont tendance à considérer, à tort, qu'il ne s'agit pas d'une épreuve juridique, car elle n'implique pas de réflexion. Enfin, la méthode de la note de synthèse permettra au candidat, futur avocat, d'extraire rapidement la substance d'un dossier touffu transmis par l'associé du cabinet.

Bien qu'étant redoutée, la note de synthèse est un exercice simple à réaliser à condition de parfaitement maîtriser la méthode et de s'entraîner. La méthode de la note de synthèse est dans la continuité des méthodes enseignées pour les exercices juridiques connus (I), mais présente quelques spécificités, qui sont souvent éliminatoires (II).

#### I/ Une épreuve classique et juridique

La note de synthèse n'implique pas de connaissances juridiques sur un thème précis pour tenir une réflexion juridique. Néanmoins, une culture juridique minimale est requise pour comprendre le fond du dossier, qui peut toucher des domaines variés du droit. N'exigeant pas de connaissances juridiques approfondies, la note

Franck TOURET  
Enseignant de note de  
synthèse à l'ISP

de synthèse est avant tout un exercice de rigueur et de méthode, au même titre qu'une dissertation, qu'un cas pratique ou qu'un commentaire. D'une part, le style doit être juridique. Il convient donc d'employer uniquement des termes et des expressions juridiques. D'autre part, la logique juridique et la méthode présentent des similitudes avec les autres exercices juridiques déjà connus. En effet, à titre d'exemple, un titre de note de synthèse doit être court et ne pas comporter de verbe conjugué.

La note de synthèse étant un devoir juridique, le correcteur s'attend à retrouver la dynamique et la structure inhérentes à tout devoir en droit. La dynamique est toujours la même dans un raisonnement juridique, l'on part d'une considération générale, un principe ou une définition ; pour ensuite exposer son régime ainsi que ses conditions ; l'on termine par une considération précise, comme les exceptions. Cette même logique doit se retrouver au sein des développements de la note de synthèse. Structure, ensuite, tout devoir juridique est architecturé autour d'un plan et la note de synthèse ne fait pas exception au plan en deux parties et deux sous-parties.

Comme pour tout devoir juridique, une note de synthèse est un devoir qui doit se construire par étape. Afin d'illustrer cette affirmation, bien souvent les étudiants pensent à tort qu'ils ont des difficultés à élaborer un plan et/ou à trouver des titres. Or une telle difficulté ne fait que masquer une prise de notes qui n'est pas organisée, induite par une lecture superficielle. Si la prise de notes n'est pas organisée, il n'est pas possible de construire un plan et par conséquent de trouver des titres. Prise de notes insuffisante qui peut trouver sa source dans une mauvaise analyse de la page de garde. Autrement dit, l'analyse de la page de garde conditionnera la lecture et la prise de notes, qui dictera la phase préparatoire, qui elle-même déterminera la rédaction. De la même manière que pour les autres exercices, chaque étape conditionne la suivante.

Enfin, la gestion du temps est cruciale afin de réaliser les différentes étapes dans le temps imparti. Le premier objectif du candidat est de

rendre une copie terminée au terme de l'épreuve. Chaque étudiant étant particulier, il est difficile de proposer une répartition type pour accomplir chacune des étapes de la note de synthèse. En effet, certains lisent rapidement, alors que d'autres rédigent avec célérité. De surcroît, le choix de la méthode (ex : avec ou sans prise de notes) implique une répartition différente du temps. Aussi, il est impératif de s'entraîner dans le cadre de cette épreuve, afin d'avoir des repères précis. À tort, lors des premiers entraînements, les étudiants souhaitent terminer le devoir en cinq heures. Or, cette démarche, aussi louable soit-elle, est contre-productive. En effet, il est nécessaire, dans un premier temps, d'assimiler la méthode nouvelle, sa mise en œuvre nécessitera donc plus de temps ; pour dans un second temps, s'attacher au perfectionnement de la méthode et à la gestion du temps, grâce aux conseils des spécialistes de l'épreuve.

Si la méthode de la note de synthèse présente de nombreuses similitudes avec les autres exercices juridiques, il n'en demeure pas moins qu'elle a ses propres spécificités.

## II/ Une méthode originale et spécifique

Après un cursus universitaire en droit, il n'est pas évident d'acquérir les subtilités d'une nouvelle méthode. Il ne s'agit pas de faire table rase de l'acquis, mais de le valoriser. Un travail de qualité exige l'apprentissage et le perfectionnement d'une méthode, d'autant plus que les exigences méthodologiques de la note de synthèse sont souvent éliminatoires. Il faut citer tous les documents du dossier, ne pas dépasser la longueur autorisée ou ne pas faire état de connaissances personnelles. L'omission d'une de ces règles sera sanctionnée par une note inférieure à la moyenne. Néanmoins, d'autres exigences moins connues sont sanctionnées, il en est ainsi de la formulation des titres ou de la manière de construire l'introduction. Certaines des exigences de la note de synthèse peuvent sembler futiles, mais elles permettent au correcteur de départager les candidats. En effet, la note de synthèse, permet de mettre en exergue tous les défauts et les erreurs des étudiants, d'où l'importance, s'il est encore nécessaire de le rappeler, de la méthode.

Au risque de décevoir, il n'existe malheureusement pas une méthode miracle, permettant de réussir assurément une note de synthèse et surtout pouvant s'adapter à tous les étudiants. Il existe autant d'aménagements méthodologiques que de candidats. Chaque étudiant doit donc trouver sa méthode et la perfectionner lors des entraînements grâce aux conseils des enseignants. Néanmoins, pédagogiquement il est classique d'opérer une distinction entre les méthodes avec et sans prise de notes. Pour la première, l'intitulé est trompeur, car il ne s'agit pas seulement de lire sans prendre de notes, mais dans prendre un minimum de notes de manière ciblée. Pour la seconde, elle se décompose en deux approches : la méthode linéaire et la méthode dite thématique. Pour ces deux dernières, l'élément clé de la réussite réside dans une prise de notes de notes organisée.

Enfin, la spécificité des IEJ est un paramètre très important à prendre en considération pour la note de synthèse. Même s'il existe un tronc commun d'exigences, chaque IEJ a ses particularités dictées par l'enseignant en charge de la matière. À titre d'illustration, certains IEJ acceptent des introductions plus longues, une problématique sous forme interrogative ou à l'inverse n'acceptent aucune problématique, ne mentionnent pas le sujet sur le dossier ou sont plus ou moins tolérants quant à la longueur du devoir. À défaut, de pouvoir faire une préparation privée, il est conseillé de se renseigner au préalable auprès de son IEJ afin de connaître lesdites exigences.

### **Conclusion**

La note de synthèse n'est pas un exercice difficile à la condition de parfaitement maîtriser la méthode. Au regard du coefficient, il est fortement conseillé aux étudiants de travailler cet exercice. En fin stratège, l'étudiant doit miser sur la note de synthèse, car en faisant un rapport investissement nécessaire et coefficient de l'épreuve, cette dernière permet de glaner de nombreux points...

## L'actualité

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

#### 1/ De la faute de la victime en matière d'accidents de la circulation

**Crim. 24 février 2005, pourvoi n° 14-82350**

L'article 4 de loi du 5 juillet 1985, dite « *Loi Badinter* », dispose que « *La faute commise par le conducteur du véhicule terrestre à moteur a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation des dommages qu'il a subis* ». La loi ne détermine nullement les contours de la faute de la victime. Le juge du droit a, quant à lui, rappelé la souveraineté des juges du fond dans la caractérisation et l'appréciation d'une telle faute de la victime.

Cependant, la Cour de cassation garde le contrôle sur les juges du fond et sur la motivation de leurs décisions. En témoigne le présent arrêt : une voiture percute un motocycliste. Le casque de ce dernier a été retrouvé intact quelques mètres à côté de la victime, ce qui permet d'affirmer qu'elle ne l'avait pas attaché. Les juges du fond n'avaient pas tenu compte de cette circonstance pour limiter le droit à indemnisation du motocycliste. Précisément, les conseillers d'appel considèrent que la seule cause de l'accident résultait de la manœuvre de l'automobiliste.

Censure de la Haute juridiction sur le fondement de l'article 4 de la loi de 1985 : « *en se déterminant ainsi sans répondre aux conclusions qui faisaient valoir l'absence de port correct du casque par le motocycliste et sans rechercher si ce comportement de la victime avait pu contribuer à la réalisation de son propre dommage, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision* ». La solution se comprend aisément : si les juges du fond sont souverains dans leur appréciation de la faute et de ses conséquences sur l'indemnisation de la victime, ils ne sauraient

ignorer jusqu'à son existence et son invocation dans les prétoires.

#### 2/ De la qualification de quasi-contrat et des loteries publicitaires

**Civ. 1<sup>re</sup>, 19 mars 2015, pourvoi n° 13-27414**

Les loteries publicitaires relèvent tout autant du droit des pratiques commerciales déloyales du Code de la consommation, notamment réformé sur ce point par la loi Hamon du 17 mars 2014, que du droit des obligations.

Il faut, en effet, rappeler que bien avant que le législateur ne se saisisse de la question des loteries publicitaires avec pré-tirage dans le cadre du droit consommériste, c'est le juge civil qui a recherché, dans le droit commun les moyens de lutter contre ces pratiques litigieuses et trompeuses. La présente décision s'inscrit dans cette logique portée par la Cour de cassation depuis 2002.

Comme de coutume en pareille affaire, les faits rapportés révèlent qu'une société organise une loterie publicitaire ; elle envoie un courrier à une personne, l'informant qu'elle a gagné une somme conséquente. Lorsqu'elle réclame son gain, on lui annonce qu'elle n'a fait que participer à une loterie et qu'elle n'a pas réellement gagné le gain promis. Elle assigne la société.

L'arrêt de la Cour de cassation comprend deux mouvements : l'un classique en la matière, l'autre plus original dans ce type d'affaires.

D'un côté, la Haute juridiction rappelle, selon une formule désormais traditionnelle, que l'organisateur d'un jeu publicitaire qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence, à première lecture, l'existence d'un aléa, s'oblige par ce fait purement volontaire, à le délivrer. Le fondement est naturellement l'article 1371 du Code civil et la définition des quasi-contrats. L'on se rappelle, en effet, que cette catégorie « fourre-tout » a été habilement employée pour les juges pour qualifier de fait juridique la fausse promesse de gain afin d'obliger l'annonceur à délivrer les gains promis

(Ch. mixte, 6 septembre 2002, 2 arrêts ; jurisprudence constante).

De l'autre, les faits rapportés dans la présente affaire révélaient que la personne destinataire de la fausse promesse de gain n'avait pas renvoyée le bon de participation à ladite loterie ; à tout le moins, elle n'avait pu en rapporter la preuve. Cette carence constituait l'argument principal de l'annonceur pour refuser la prétention de cette personne au gain promis. La Cour régulatrice n'est nullement sensible à cet argumentaire ; au contraire, elle décide que *« l'organisateur de la loterie publicitaire était tenu à la délivrance du gain annoncé, sans pouvoir la subordonner au renvoi par le destinataire du bon de participation »*. Aussi sévère qu'elle paraît, la solution des hauts conseillers est des plus justifiées : d'un côté, il ne s'agit pas de contrat, le consentement du destinataire de la promesse de gain n'est nullement requis pour constater l'existence d'un fait juridique et caractériser le quasi-contrat de l'article 1371 du Code civil. De l'autre, la Cour de cassation fait ici échec à ce qui aurait pu devenir une parade à sa solution prétorienne : qui garde en effet la trace – la preuve – d'un tel renvoi du bon de participation ?

### **3/ Du refus de l'obligation de minimiser son dommage au nom du principe de réparation intégrale du préjudice**

**Civ. 2<sup>ème</sup>, 26 mars 2015, pourvoi n° 14-16011**

Le principe de réparation intégrale du préjudice domine la matière délictuelle dont il en constitue aujourd'hui l'un des principaux fondements et ressorts. Une nouvelle illustration de ce principe est donnée par la présente décision de la Cour de cassation rendue à l'occasion de l'application de la loi Badinter du 5 juillet 1985.

Les faits sont des plus banals : une personne est victime d'un accident de la circulation. En application de la loi de 1985 dont les conditions étaient remplies avec évidence en l'espèce, elle demande la réparation de ses divers préjudices. Or, la cour d'appel lui fait droit sur la plupart de ses demandes mais décide, d'une part, s'agissant de son préjudice financier et professionnel, de déduire des sommes dues, le montant de l'allocation d'aide au retour à l'emploi dont elle bénéficie. D'autre part, et surtout, les juges du

fond décident de diviser par deux les dommages-intérêts versés à la victime s'agissant de la perte de ses gains professionnels futurs, dès lors qu'est démontrée que la victime avait refusé un travail. Autrement dit, la cour d'appel reprochait à la victime un tel refus de poste, ce qui revenait à agrémenter son dommage et les sommes devant être versées par l'assureur du véhicule impliqué dans l'accident.

L'arrêt de la cour d'appel est doublement censuré. D'un côté, la déduction de l'indemnité d'aide au retour à l'emploi des dommages-intérêts versés constitue une violation des articles 29 et 33 de la loi de 1985, dès lors qu'une telle allocation ne fait pas partie des prestations indemnitaires faisant l'objet d'un recours subrogatoire au sens du premier de ces textes.

De l'autre, la Cour de cassation reproche au juge du fond d'avoir sanctionné la victime en divisant par deux les dommages-intérêts dus au titre de la perte de ses gains professionnels futurs. Une telle diminution équivaut à sanctionner la victime qui n'a pas minimisé son dommage au profit du débiteur de l'obligation de réparation. Or, la deuxième chambre civile de la Haute juridiction rappelle qu'une telle obligation de minimiser son dommage ne pèse pas sur les victimes. La jurisprudence de la Cour de cassation demeure des plus constantes, puisque, depuis 2003, les hauts conseillers n'ont de cesse de rappeler une telle obligation n'existe pas en droit positif et contreviendrait au principe de la réparation intégrale du préjudice (Civ. 2<sup>ème</sup>, 19 juin 2003 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 juillet 2014, BMA 2014/7-8).

## **Droit des personnes et de la famille**

**Franck TOURET**

**Enseignant de Droit privé**

### **Conséquences du divorce, dommages-intérêts et prestation compensatoire**

**Civ. 1<sup>re</sup>, 15 avril 2015, pourvoi n° 14-11575**

L'arrêt de la Cour de cassation, en date du 15 avril 2015, est particulièrement intéressant, car il

a trait à diverses conséquences d'un divorce pour faute, à savoir les dommages-intérêts sur le fondement de l'article 266 du Code civil et la prestation compensatoire, aussi bien en ce qui concerne sa détermination que ses modalités d'exécution.

D'abord, sur les dommages-intérêts de l'article 266 du Code civil, ces derniers sont subordonnés à la caractérisation de conséquences d'une particulière gravité subies par l'un des époux du fait du divorce. En l'espèce, la cour d'appel avait condamné l'époux en raison du « choc consécutif à l'abandon soudain par son époux du domicile conjugal puis à l'annonce de l'engagement d'une procédure de divorce, s'est ajouté un fort sentiment d'humiliation, éprouvé au quotidien, dû à l'infidélité de son époux et que, salariée et membre du directoire de la société dont son mari était directeur, elle a été éconduite au profit d'une collaboratrice de celui-ci et a été dépossédée progressivement de ses fonctions au sein de la société ». En statuant ainsi, par des motifs impropres à caractériser les conséquences d'une particulière gravité subies par l'épouse du fait de la dissolution du mariage, la cour d'appel a violé l'article 266 du Code civil. La censure était inévitable, car les faits visés par la cour d'appel étaient intervenus au cours du mariage. Or le préjudice réparé sur le fondement de l'article 266 du Code civil doit trouver sa source dans la dissolution de l'union et non dans les manquements commis lors de l'union.

Ensuite, l'arrêt se prononce sur la détermination de la prestation compensatoire. Dans le cadre de cette espèce, a été accordée à l'épouse une prestation compensatoire en capital et, à titre complémentaire, l'immeuble appartenant en propre à l'époux, ayant constitué le domicile conjugal. Ici, il est reproché aux juges du fond de ne pas avoir précisé le montant total de la prestation compensatoire ainsi que la valeur de du bien immobilier attribué à titre complémentaire. Une nouvelle fois, la décision de la Cour de cassation est parfaitement justifiée au regard des articles 270 et 274 du Code civil. Aux termes du premier, la prestation compensatoire « prend la forme d'un capital dont le montant est fixé par le juge » et aux termes du second, le juge peut décider d'attribuer un bien propriété pour exécuter la « prestation compensatoire en capital ».

Enfin, l'arrêt traite de la question des modalités d'exécution de la prestation compensatoire. La cour d'appel, pour attribuer à l'épouse la propriété d'un immeuble personnel de l'époux, a retenu « que l'accord de l'époux débiteur n'est pas nécessaire puisque ce bien n'a pas été reçu par lui par succession ni par donation pour avoir été acquis avant son mariage ». La Cour de cassation rappelle le caractère subsidiaire de l'abandon de biens prévu par le 2° de l'article 274 du Code civil. Visant ce dernier article associé à la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel dans sa décision QPC du 13 juillet 2011 (Cons. const., 13 juill. 2011, n° 2011-151 QPC), la Haute juridiction casse partiellement l'arrêt d'appel. Si le Conseil constitutionnel a déclaré conforme le 2° de l'article 274 du Code civil, il a émis une réserve d'interprétation : « l'atteinte à l'exercice du droit de propriété résultant de cette attribution forcée ne peut être regardée comme une mesure proportionnée au but d'intérêt général poursuivi que si elle constitue une modalité subsidiaire d'exécution de la prestation compensatoire en capital. Par conséquent, elle ne saurait être ordonnée par le juge que dans le cas où, au regard des circonstances de l'espèce, les autres modalités d'exécution n'apparaissent pas suffisantes pour garantir le versement de cette prestation ». Il est donc reproché aux juges du fond de ne pas avoir constaté que le versement d'une somme d'argent, assorti le cas échéant de la constitution de garanties, n'était pas suffisant pour assurer le paiement effectif de la prestation compensatoire.

**Sûretés et procédures  
collectives**  
**Jacob BERREBI**  
**Enseignant de Droit privé**

**1/ Détermination des créances postérieures au jour d'ouverture de la procédure**  
**Com. 24 mars 2015, pourvoi n° 14-15139**

Selon un principe dichotomique des plus classiques en matière de procédures collectives, le Code de commerce ne réserve pas le même

sort aux créances antérieures et aux créances postérieures au jour d'ouverture de la procédure collective. Encore faut-il s'accorder sur ce que l'on doit considérer être le critère de détermination de la date de naissance de la créance...

En l'espèce, le débat judiciaire porte sur la date de naissance d'une créance d'honoraires de résultat de l'avocat de l'entreprise en difficultés. La convention entre l'avocat et l'entreprise avait été conclue avant la mise en redressement puis la liquidation de l'entreprise. Cependant, le litige n'a trouvé de conclusion qu'après ces événements. Autrement dit, la question était posée de savoir si la créance d'honoraires était une créance antérieure (faisant l'objet de l'interdiction primaire de paiement) ou postérieure (devant être payée).

Les juges du fond ont condamné le liquidateur à payer. La Cour de cassation approuve la solution des conseillers d'appel, laquelle d'ailleurs se fondait sur une jurisprudence constante de la Cour régulatrice : les juges emploient le critère de l'exécution de la prestation caractéristique pour déterminer le fait générateur de la créance. Il s'agit d'un critère objectif détaché en tant que tel de la volonté des parties. En l'espèce, il s'agit d'honoraires de résultat et qu'un résultat ne peut s'apprécier que lorsqu'une décision définitive a été rendue par les juges. Par définition, le fait générateur de la créance ne peut donc être antérieur à une telle décision...

## **2/ La constitutionnalité de l'inégalité de traitement entre cautions solidaires et cautions simples dans le cadre d'un plan de continuation** Déc. Cons. Constit, 6 février 2015, QPC n°2014-447

En vertu de l'article 64 de la loi du 25 janvier 1985, devenu plus tard l'article L. 621-65 du Code de commerce, il existait une inégalité de traitement entre les cautions solidaires et les cautions simples d'un débiteur principal à l'égard du plan de continuation de l'entreprise en redressement.

Précisément, alors que les cautions solidaires ne pouvaient se prévaloir du plan de continuation du débiteur principal par l'effet de ce texte, les cautions simples non visées par la lettre de l'article étaient considérées comme pouvant s'en prévaloir. La Cour de cassation en avait

décidé ainsi dans un arrêt unique mais important (Com. 24 novembre 2004).

En suite d'un pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris en 2014 qui reprenait à son compte cette distinction, des cautions solidaires condamnées au paiement saisissent la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité. La Cour régulatrice l'a jugée suffisamment sérieuse pour la transmettre au Conseil lequel devait répondre sur le point de savoir si l'inégalité de traitement entre cautions solidaires et cautions simples instaurée par le texte et la jurisprudence n'était pas contraire au principe d'égalité consacré par l'article 6 de la DDHC.

Dans sa décision du 6 février 2015, le Conseil constitutionnel répond par la négative. Pour ce faire, les Sages de la rue Montpensier portent un raisonnement en deux temps : d'une part, ils rappellent un principe classique de justice distributive selon lequel le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes (application moderne d'un adage de théorie générale selon lequel « à chaque qualification, son régime »). D'autre part, les juges relèvent que le Code civil porte la distinction entre caution solidaire et caution simple et que le législateur peut tirer les conséquences de cette distinction en droit des procédures collectives, s'agissant des effets du plan de continuation de l'entreprise du débiteur principal.

**Droit des affaires**  
**Anne-Sophie LEFEVRE**  
**Avocat à la Cour**

## **1/ La nécessité d'un préjudice personnel distinct pour l'associé agissant sur le fondement de l'article 1382 du Code civil** Com. 31 mars 2015, pourvoi n° 14-13370

Il existe deux voies d'actions distinctes pour l'engagement de la responsabilité d'un dirigeant social.

D'un côté, l'action sociale peut être introduite par la société ou les associés. Il s'agit de réparer

le préjudice de la société causé par la faute du dirigeant social. Elle peut être exercée *ut universi* – par les représentants légaux de la société – ou *ut singuli*, en vertu de l'article L. 223-22 du Code de commerce, par un actionnaire ou un groupe d'actionnaires représentant au moins un vingtième du capital social.

De l'autre, l'action individuelle peut être introduite par les associés. Son fondement réside tant dans les textes spéciaux prévoyant la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux (à nouveau, art. L. 223-22 C. com.), que dans les articles 1382 et 1383 du Code civil. La responsabilité des dirigeants sociaux engagée par les associés sur le fondement de l'action individuelle nécessite alors la démonstration d'un préjudice personnel distinct de celui de la société.

En l'espèce, les juges considèrent que la Cour d'appel a légalement justifié sa décision de déclarer irrecevables les demandes d'un associé agissant dans le cadre d'une action individuelle, dans la mesure où celui-ci n'a pas explicité un préjudice personnel distinct de celui de la société et n'a donc pas justifié que « *les préjudices, tant économique que moral, allégués par lui n'étaient pas le corollaire des préjudices invoqués par la société* ». Reprenant une formule désormais classique, les juges décident que l'actionnaire doit faire valoir un préjudice personnel distinct de celui de la personne morale (V. déjà Com. 7 mars 2006 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 22 septembre 2009, *Leroux* ; Com. 1<sup>er</sup> juin 2010). Le préjudice personnel de l'actionnaire peut par exemple se caractériser par la perte en capital résultant de l'incitation à investir ou à conserver les titres « *en raison des fausses informations diffusées par les dirigeants, d'une rétention d'information et d'une présentation aux actionnaires de comptes inexacts* » (Com. 19 avril 2005 ; Com. 1<sup>er</sup> juin 2010).

## 2/ L'agrément et la sous-location

**Civ. 3. 15 avril 2015, pourvoi n° 14-15976**

Rappelons à titre liminaire, deux dispositions classiques du Code de commerce relatives au bail commercial. D'une part, l'article L.145-17 du Code de commerce prévoit que le bailleur peut refuser le renouvellement du bail sans être tenu au paiement d'une indemnité s'il justifie d'un motif grave et légitime tel l'inexécution d'une

obligation. D'autre part, l'article L. 145-31 du Code de commerce interdit la sous-location, sauf stipulation contraire au bail ou accord du bailleur ; lorsque la sous-location est autorisée, le propriétaire doit être appelé à concourir à l'acte.

Ainsi, la sous-location est en principe interdite et, lorsqu'elle est autorisée, le locataire qui n'appelle pas le bailleur à la signature d'un tel contrat s'expose à se voir refuser le renouvellement du bail sans indemnité aucune (Civ. 3<sup>ème</sup>, 22 février 2006).

Cette règle est d'application commune en droit du bail commercial. Cependant, le présent arrêt a le mérite de confronter la Cour de cassation à une situation originale. En l'espèce, l'objet social du preneur consiste précisément en la sous-location. Au regard de cet élément particulier, se pose la question de la nécessité d'un agrément du bailleur pour la sous-location du local par le preneur, pris en considération qu'une telle sous-location est son activité.

La cour d'appel avait retenu que la clause du bail précisant l'activité de sous-location du preneur ne dispensait pas ce dernier d'appeler le bailleur à la signature des contrats de sous-location. Or, la troisième chambre de la Cour de cassation considère que « *la sous-location étant l'objet social même de l'activité du locataire [...] la cour d'appel a violé les textes susvisés [articles L145-17 et L145-31 du Code de commerce]* ». L'agrément n'est donc pas nécessaire.

Mais quelle en est l'explication précise ? Est-ce à dire que l'objet social du locataire consistant en la sous-location, l'autorisation doit être réputée donnée *a priori* ou s'agit-il d'une exception aux exigences posées à l'article L145-31 du Code de commerce ? Il conviendra pour être fixé sur ce point de rester attentif aux décisions qui pourraient être rendues dans des espèces similaires, alors même que cette hypothèse particulière se fait rare dans les prétoires.

## 3/ Sauf stipulation contraire, aucune interdiction de concurrence ne pèse sur l'associé

**Com. 3 mars 2015, pourvoi n° 13-25237**

L'action en concurrence déloyale relève de la responsabilité délictuelle de l'article 1382 du Code civil. En l'espèce, un ancien associé-gérant ayant quitté ses fonctions de gérant a démarché

des clients de la société dans laquelle il était encore associé avant de céder ses parts en s'engageant à ne pas démarcher certains clients de la société.

La Cour d'appel a considéré qu'il s'était ainsi rendu coupable d'actes de concurrence déloyale en violation de l'article 1382 du Code civil. La chambre commerciale de la Cour de cassation censure l'arrêt sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, retenant qu'aucun acte de concurrence déloyale n'est caractérisé à l'encontre dudit associé sur lequel ne pesait aucune interdiction de concurrence.

Il convient de relever que, d'une part, si l'associé s'est livré à des actes de démarchage et donc de concurrence, il l'a fait après avoir quitté ses fonctions de gérant et après avoir cédé ses parts avec une clause prévoyant l'interdiction de démarcher certains clients de la société ; d'autre part, aucun acte de concurrence déloyale n'est caractérisé à l'encontre de l'associé.

Ce n'est pas la première fois que la Cour de cassation est appelée à se prononcer sur cette question. En effet, elle avait déjà affirmé que « *sauf stipulation contraire, l'associé d'une société à responsabilité limitée n'est, en cette qualité, tenu ni de s'abstenir d'exercer une activité concurrente* » et que, dès lors, un associé d'une société peut également être associé d'une société concurrente (Com. 11 février 1964 ; 15 mars 2011 ; 15 novembre 2011 ; 19 mars 2013). La Haute Juridiction a, en outre, précisé que le principe trouve également à s'appliquer à l'associé de SAS (Com. 10 septembre 2013 ; cf. BMA 2014/1). Le principe devrait trouver à se généraliser dans toutes les sociétés.

Il en est de même de son « *contraire* » concernant les dirigeants sociaux. En effet, le gérant de SARL est tenu, sauf stipulation contraire, d'une obligation de non-concurrence à l'égard de la société qu'il dirige (Com. 15 novembre 2011).

**Droit social**  
**Julie HABERMAN**  
**Directrice de l'ISP**

## **1/ De la volonté des parties en matière de rupture conventionnelle du contrat de travail Soc. 25 mars 2015, pourvoi n° 14-10149**

Une rupture conventionnelle est un accord entre employeur et employé permettant de mettre fin à un contrat de travail ; ce mode de rupture n'est possible que dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée (CDI).

L'administration est la première à s'être penchée sur la possibilité ou non de réaliser une rupture conventionnelle entre un employeur et un salarié bénéficiant d'un régime particulier. Elle a préconisé, dans une circulaire de 2009, de ne pas conclure de rupture conventionnelle avec un salarié bénéficiant d'une protection particulière, par exemple, en cas d'accident du travail, de maladie professionnelle ou de congé maternité. Cette position n'est pas partagée par la Cour de cassation.

Dans un arrêt du 30 septembre 2014, la Cour régulatrice admet qu'une rupture conventionnelle peut être conclue pendant une période de suspension du contrat de travail consécutive à un accident du travail ou de maladie professionnelle (Soc. 30 septembre 2014).

On attendait tout naturellement avec impatience une application de cette prise de position au cas de congé maternité.

En l'espèce, Madame X travaillait depuis 2003 pour la société SWORD en qualité d'ingénieur commercial par la société et son contrat de travail comportait une clause de non concurrence.

La salariée a bénéficié du 18 avril 2009 au 7 août 2009 d'un congé maternité et les deux parties ont convenu le 10 août d'une rupture conventionnelle, qui a fait l'objet d'une homologation par l'autorité administrative le 7 septembre 2009.

Par la suite, la salariée a saisi la juridiction prud'homale de demandes relatives tant à l'exécution de son contrat de travail qu'à la rupture de celui-ci.

Dans cet arrêt du 25 mars 2015, la Cour de cassation a estimé qu'une rupture conventionnelle peut être conclue avec une salariée, pendant les périodes de suspension du contrat de travail liées au congé de maternité et pendant les 4 semaines qui suivent l'expiration de ces périodes.

Ces deux décisions sont importantes et peuvent apparaître au premier abord surprenantes. Dans un droit du travail en général dominé par l'ordre public, l'on constate ici une volonté réelle de la Cour de cassation de laisser la place à la convention des parties et de laisser libre champ à l'autonomie de la rupture conventionnelle. Néanmoins, cette liberté n'est pas sans limite puisque la Cour de cassation a posé une limite : la nullité du licenciement pourra être retenue en cas de fraude ou de vice du consentement.

Reste aujourd'hui encore un cas particulier qui sera probablement examiné par les hauts conseillers : le cas des salariés qui ont été déclarés inaptes par le médecin du travail. La Cour de cassation a déjà jugé qu'il est possible de conclure une rupture conventionnelle lorsque le salarié a été déclaré apte avec réserves (Cass. soc. 28 mars 2014). Reste à savoir ce qu'il en sera en cas d'inaptitude puisque cela permettrait aux employeurs d'échapper à leur obligation de reclassement.

## **2/ de la possibilité pour les parties de signer une transaction après une rupture conventionnelle du contrat de travail** **Soc. 25 mars 2015, pourvoi n° 13-23368**

L'employeur et le salarié peuvent convenir d'un commun accord des conditions de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée (CDI) qui les lie (voir articles L. 1237-11 à L. 1237-16 du Code du travail, issus de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 « portant modernisation du marché du travail »).

Cette rupture conventionnelle du contrat de travail obéit à une procédure spécifique : entretien(s) entre les deux parties, homologation de la convention par l'autorité administrative... Elle est entourée d'un certain nombre de garanties pour le salarié comme pour le chef d'entreprise.

La transaction se distingue de la rupture conventionnelle. Elle n'est pas un mode de rupture du contrat de travail mais permet d'éviter les contestations qui peuvent naître après la rupture et elle ne peut donc intervenir qu'après la rupture du contrat de travail. Depuis un arrêt de 1996 (Soc. 29 mai 1996, n° 92-45.115) la transaction ne peut être conclue qu'une fois la rupture du contrat de travail devenue définitive.

La question posée à la Cour (Soc. 25 mars 2015) est de savoir s'il est possible pour les parties de conclure une transaction postérieurement à la signature d'une rupture conventionnelle.

En l'espèce, chef d'entreprise et salarié avaient signé le 22 juillet 2009 une convention de rupture du contrat de travail, fixant la fin du CDI au 31 août 2009. La convention a été homologuée par l'autorité administrative le 12 août 2009. Les parties avaient, entre le 22 juillet et le 28 août de la même année conclu une transaction permettant d'éviter toute contestation liée à la rupture du contrat de travail (sa conclusion et son exécution). Le 11 septembre 2009, l'entreprise licencie le salarié pour faute lourde. Ce dernier saisit le conseil des prud'hommes en vue du paiement de l'indemnité prévue par la transaction ; l'employeur quant à lui demande l'annulation de la transaction.

La Cour d'appel d'Angers a accueilli positivement la demande du salarié et a débouté l'employeur de sa demande d'annulation.

Les hauts conseillers ont censuré la décision des juges du fonds et ont confirmé qu'une transaction peut être valablement conclue après une rupture conventionnelle.

La Cour précise qu'il faut respecter deux conditions :

- la transaction doit intervenir postérieurement à l'homologation de la rupture conventionnelle par l'autorité administrative ;
- l'objet de la transaction est de régler un différend relatif à l'exécution du contrat de travail sur des éléments non compris dans la convention de rupture. Il ne doit pas être lié à la rupture du contrat de travail, mais peut concerner par exemple l'application d'une clause de non-concurrence, le sort d'une clause de dédit-formation, le montant d'une prime ou le temps de congés-payés non pris.

Ne pourra donc pas être négocié dans la transaction le montant de l'indemnité de rupture conventionnelle.

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

**1/ Événement postérieur et autorité de la chose jugée**

**Civ. 1<sup>re</sup>, 16 avr. 2015, pourvoi n° 14-13280**

Dans le cadre de cet arrêt, la Cour de cassation affirme que l'autorité de la chose jugée, attachée au seul dispositif de la décision, ne peut être opposée lorsque des événements postérieurs sont venus modifier la situation antérieurement reconnue en justice.

La solution n'est pas nouvelle et est des plus classiques, mais au regard de la singularité des faits, cet arrêt pourrait inspirer les IEJ dans le cadre de l'épreuve du CRFPA.

En l'espèce, une personne avait sollicité son inscription au tableau de l'ordre des avocats au Barreau de Saint-Denis à raison des activités exercées et des expériences professionnelles de juriste acquises. Déjà, aux termes d'un arrêt, en date du 16 mai 2012, la Cour de cassation avait cassé sans renvoi l'arrêt de la cour d'appel du 1er octobre 2010 qui avait admis son inscription. À la suite d'une nouvelle demande, une décision d'un conseil de l'ordre du barreau de Saint-Denis avait rejeté la demande d'admission sous le bénéfice des dispenses prévues pour les juristes d'entreprise justifiant de huit années au moins de pratique professionnelle et pour les fonctionnaires de catégorie A ou les personnes assimilées ayant exercé des activités juridiques pendant la même durée. Le postulant forme un recours contre cette délibération.

La cour d'appel confirmant la décision considéra que « *que seules les expériences professionnelles non invoquées dans l'instance antérieure, ou postérieures à celle-ci, peuvent être prises en compte, dès lors qu'il a déjà été jugé par décision irrévocable (ici l'arrêt de cassation sans renvoi), d'une part, que l'activité du postulant au sein de ces entreprises ne correspondait pas à l'exercice exclusif de fonctions dans un service spécialisé chargé dans l'entreprise de traiter les problèmes juridiques posés par l'activité de celle-ci, d'autre part, qu'il n'était pas établi que les activités*

*exercées au sein de la collectivité locale avaient un caractère juridique prépondérant, de sorte que la condition d'une expérience professionnelle juridique d'au moins huit années n'était pas remplie* ».

Néanmoins, la Cour de cassation au visa de l'article 1351 du Code civil censure les juges du fond, en affirmant « *qu'en statuant ainsi, alors que l'autorité de la chose jugée, attachée au seul dispositif de la décision, ne peut être opposée lorsque des événements postérieurs sont venus modifier la situation antérieurement reconnue en justice, la cour d'appel a méconnu le texte susvisé* ». Elle reproche aux juges du fond de s'être fondés sur l'autorité de la décision prononçant le refus d'inscription au barreau, alors que la nouvelle demande a été introduite à un moment où la situation du candidat avait évolué. En effet, à la date de la nouvelle demande, il pouvait se prévaloir d'une durée d'activité professionnelle répondant aux critères fixés par la loi.

**2/ Évaluation du litige**

**Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mars 2014, pourvoi n° 14-10122**

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation, le 19 mars 2014, affirme que lorsqu'un demandeur émet une prétention principale et une autre à titre subsidiaire, le jugement est susceptible d'appel dès lors que l'une d'elles relève des demandes examinées en premier ressort.

Afin de bien comprendre la solution, il convient de préciser les faits. En l'espèce, une caisse primaire d'assurance maladie réclamait à un particulier le remboursement d'une somme au titre d'un indu d'indemnités. L'assuré avait saisi une juridiction de sécurité sociale d'un recours dirigé contre la caisse et la caisse régionale d'assurance maladie. L'assuré formula deux demandes. D'une part, une demande principale qui visait à ce qu'il soit reconnu que la somme perçue, d'un montant de 2 802,80 euros, au titre des indemnités journalières avait été légitimement versée et ne pouvait donc donner lieu à répétition. D'autre part, une demande subsidiaire tendant à la condamnation de la caisse à lui verser une somme de 8 078 euros au titre d'indemnisation de sa perte de rémunération. La cour d'appel déclare irrecevable l'appel, car elle estime que la

demande « en remboursement d'un trop-perçu, au titre d'indemnités journalières et qu'une demande de dommages-intérêts pour préjudice éventuel, tout comme la demande d'indemnité formée au titre de l'article 700 du code de procédure civile, sont des créances qui doivent être considérées séparément au point de vue du ressort et de la compétence, ces demandes quoique communes et dérivant de la même cause, étant distinctes et ne constituant pas des prétentions dont la valeur, ajoutée à celle de la demande principale, doit être prise en considération pour la détermination du taux du ressort ».

Censurant l'arrêt d'appel au visa de l'article 35 du Code de procédure civile et de l'article R. 142-25 du Code de la sécurité sociale, la Cour de cassation relève que lorsqu'un demandeur émet une prétention principale et une autre à titre subsidiaire, le jugement est susceptible d'appel dès lors que l'une d'elles relève des demandes examinées en premier ressort. Afin de saisir la mesure de la décision de la Cour de cassation, il convient de préciser que le tribunal des affaires de sécurité sociale statue en dernier ressort jusqu'à la valeur de 4 000 euros (art. R. 142-25 CSS). Or en l'espèce, la demande principale était inférieure au taux du ressort, alors que la demande subsidiaire était supérieure au taux du ressort. La solution devait donc être recherchée dans l'article 35 du Code de procédure civile, qui s'applique à l'hypothèse d'une pluralité de demandes émanant d'un demandeur unique. Si les demandes sont connexes, compétence et ressort sont déterminés par la valeur totale de ces demandes (art. 35, al. 2 CPC). Si les demandes ne sont pas connexes, compétence et ressort sont déterminés par la nature et la valeur de chaque demande isolément considérée (art. 35, al. 1<sup>er</sup> CPC). Cette règle est importante, car elle implique que le taux de ressort peut être atteint lorsque les différentes demandes sont chacune inférieure au taux de ressort, mais qu'ensemble elles l'atteignent. L'appel est donc possible si la valeur totale des demandes est supérieure au taux de ressort. Mais elle induit aussi que lorsqu'elles sont connexes, toutes les demandes peuvent être frappées en appel dès lors que la plus forte excède le taux du ressort, peu important que cette dernière soit une demande subsidiaire, ici est l'apport de l'arrêt.

### 3/ Tribunal d'instance et respect du contradictoire

**Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mars 2015, pourvoi n° 14-15740**

La procédure étant orale devant le tribunal d'instance, les prétentions des parties doivent être formulées au cours de l'audience. Il appartient donc à la juridiction de renvoyer l'affaire à une prochaine audience pour faire respecter le principe du contradictoire.

En l'espèce, des demandes reconventionnelles en paiement de diverses sommes avaient été formulées à l'audience par les défendeurs. Le tribunal d'instance avait déclaré ces demandes irrecevables au motif « *que les conclusions contenant ces demandes n'avaient pas été communiquées à cette société qui ne comparaisait pas et que le principe du contradictoire n'avait pas été respecté* ».

Sur pourvoi, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation casse au visa des articles 16 et 446-1 du Code de procédure civile, ensemble les articles 846 et 847 du même code, après avoir rappelé dans un attendu de principe « *que, devant le tribunal d'instance, la procédure est orale et que les prétentions des parties doivent être formulées au cours de l'audience* ». Elle reproche au tribunal d'instance d'avoir violé les textes susvisés « *alors qu'il était régulièrement saisi des demandes soutenues oralement devant lui et qu'il lui appartenait de renvoyer l'affaire à une prochaine audience pour faire respecter le principe de la contradiction* ». Dans le cadre d'une procédure orale, c'est à l'audience que le contradictoire doit être respecté. Or, il ressort des termes de l'article 446-1 du Code de procédure civile que « *Les parties présentent oralement à l'audience leurs prétentions et les moyens à leur soutien. Elles peuvent également se référer aux prétentions et aux moyens qu'elles auraient formulés par écrit* ». Est ainsi assurée la primauté de l'oral sur l'écrit, ce qui justifie notamment que seules les conclusions écrites, réitérées verbalement à l'audience des débats, saisissent valablement le juge (Civ. 2<sup>e</sup>, 15 mai 2014, n° 12-27.035). La solution réaffirmée par la Cour de cassation est claire, la procédure orale ne saurait déroger aux principes directeurs du procès et notamment au principe du contradictoire.

Le jugement est cassé aux visas combinés des articles 16 et 446-1 du Code de procédure civile, ainsi que des articles 846 et 847 du même code. Relevant que, devant le tribunal d'instance, la procédure est orale et que les prétentions des parties doivent être formulées au cours de l'audience, la Cour de cassation estime que le tribunal avait été régulièrement saisi des demandes soutenues oralement devant lui et qu'il lui appartenait de renvoyer l'affaire à une prochaine audience pour faire respecter le principe de la contradiction. Ici, le tribunal a rejeté les prétentions du défendeur, se fondant sur une méconnaissance du principe du contradictoire tenant à l'absence de communication des conclusions écrites à la partie n'ayant pas comparu. Il est reproché au juge du fond de ne pas avoir assuré le respect du contradictoire en usant de sa faculté discrétionnaire d'ordonner un renvoi de l'affaire (art. 847 CPC) afin que la partie non comparante puisse prendre connaissance des prétentions formulées, mais ne pouvait en aucun cas les déclarer irrecevables.

#### **4/ Second pourvoi après radiation du premier Com. 10 mars 2015, pourvoi n° 12-16956**

Par un arrêt, en date du 10 mars 2015, la Cour de cassation affirme en application de l'article 1009-1 du Code de procédure civile, que la radiation du rôle de la Cour de cassation d'un premier pourvoi prononcée, pour inexécution de l'arrêt attaqué, mesure d'administration judiciaire, est sans incidence sur le sort d'un second pourvoi formé.

Le pourvoi en cassation est une voie extraordinaire de recours dont l'objet est défini par l'article 604 du Code de procédure civile : vérifier la conformité des jugements aux règles de droit. Sauf dispositions contraires, le pourvoi en cassation, en matière civile, n'empêche pas l'exécution de la décision attaquée. En effet, aux termes de l'article 579 du Code de procédure civile, « *le recours par une voie extraordinaire et le délai ouvert pour l'exercer ne sont pas suspensifs d'exécution si la loi n'en dispose autrement* ». En cas d'inexécution de la décision attaquée, la sanction est prévue à l'article 1009-1 du Code de procédure civile, qui prévoit la radiation du rôle du pourvoi. Cette possibilité d'une radiation soulève une difficulté

particulière lorsqu'il apparaît que, dans une même affaire, un pourvoi frappant une décision d'appel est radié en l'absence d'exécution et que, par la suite, un second pourvoi est formé par la même partie contre cette même décision d'appel, comme c'est le cas dans l'arrêt de la chambre commerciale du 10 mars 2015. Or aux termes de l'article 621 du Code de procédure civile, un second pourvoi est irrecevable lorsque le pourvoi est rejeté, lorsque la Cour de cassation constate son dessaisissement, lorsqu'elle déclare le pourvoi irrecevable ou qu'elle prononce la déchéance. L'hypothèse de la radiation du premier pouvoir n'est donc pas expressément visée. Néanmoins, la Cour de cassation a développé une jurisprudence fondée sur l'adage « *pourvoi sur pourvoi ne vaut* » afin d'aller au-delà des dispositions de l'article 621 du Code de procédure civile, ce qui a pu la conduire, ponctuellement, à considérer que la présence d'un premier pourvoi devait conduire à tenir pour irrecevable tout nouveau pourvoi contre la même décision (Soc. 3 févr. 1999, n° 98-42.377). À rebours, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a écarté le principe « *pourvoi sur pourvoi ne vaut* », revenant à une application stricte de l'article 621 du Code de procédure civile. Plus récemment, de nouveaux arrêts ont été prononcés au visa de ce même principe, sans référence à l'article 621 du Code de procédure civile (Com. 17 déc. 2013, n° 12-26.333 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 6 mai 2014, n° 13-17.091). La chambre commerciale, dans l'arrêt du 10 mars 2015, revient, quant à elle, à une stricte application de l'article 621. Pour ce faire, elle a sollicité l'avis de la deuxième chambre civile, dans le cadre de l'article 1015-1 du Code de procédure civile qui permet à la chambre de la Cour de cassation saisie d'un pourvoi de solliciter l'avis d'une autre chambre saisie sur un point de droit qui relève de la compétence de celle-ci. Par un avis du 27 novembre 2014, la deuxième chambre civile s'est prononcée dans les termes suivants : « *La radiation du rôle de la Cour de cassation d'un premier pourvoi prononcée en application de l'article 1009-1 du code de procédure civile pour inexécution de l'arrêt attaqué, mesure d'administration judiciaire, n'entre pas dans les prévisions de l'article 621 du Code de procédure civile et est dès lors sans incidence sur le sort d'un second pourvoi formé avant l'ordonnance de radiation* »

(Civ. 2<sup>e</sup>, 27 nov. 2014, no 12-16.956, 9028). Au visa de l'avis du 27 novembre 2014 et des articles 621 et 1009-1 du Code de procédure civile, la chambre commerciale reprend la même formulation que l'avis dans sa décision.

**Procédure pénale**  
**Morgane WERNER**  
**Juriste**

**1/ « Tout ce que vous direz sera retenu contre vous »**

**Crim. 31 mars 2015, pourvoi n°14-86913**

Gardés à vue, taisez-vous ! Ou tout ce que vous direz sera retenu contre vous ! Cette célèbre formule, bien connue des amateurs de séries américaines, serait presque applicable à cet arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation.

En l'espèce, un individu est placé en garde à vue pour des faits de viol présumé. Il est une première fois entendu par les forces de l'ordre et conteste fermement les faits. Toutefois, à l'occasion d'un temps de repos, le gardé à vue se confie à l'officier de police judiciaire, chargé de sa surveillance, et reconnaît avoir contraint la victime à une relation sexuelle. La procédure suivant son cours, l'individu est mis en examen pour viol. Son conseil soulève en conséquence la nullité du procès verbal qui a constaté la reconnaissance des faits ainsi que celle des actes subséquents, devant la Chambre de l'instruction. Il argue notamment que le procédé est déloyal et contraire aux droits de la défense et au droit au procès équitable. Un pourvoi en cassation est formé, après que la Chambre de l'instruction ait rejeté cette demande de nullité.

La question qui se pose à la Haute juridiction est de savoir s'il est possible de caractériser un mode de preuve déloyale dans un échange entre un officier de police judiciaire et la personne gardée à vue, portant sur les faits objets de l'enquête, pendant un temps de repos et hors la présence de l'avocat dès lors qu'il influence la reconnaissance des faits ?

Le pourvoi est rejeté par la Cour de cassation, qui fait siennes tant de la solution que de l'argumentation déployée par la Chambre de l'instruction.

Plusieurs éléments ont déterminé cette solution. Tout d'abord, il est noté que l'échange litigieux a été « *spontané et informel* » et n' « *a fait l'objet d'aucune pièce de procédure* ». Par ailleurs, l'officier de police judiciaire qui a entendu le gardé à vue à la suite de ces confidences, n'a fait aucune mention de cette conversation et n'a pas interrogé l'individu en se fondant sur ces déclarations. Au contraire, la « seconde reconnaissance » par le gardé à vue a été réalisée en réponse à la question « *Avez-vous quelque chose à déclarer ?* ». La Cour de cassation écarte donc tout procédé déloyal qui aurait tendu « *à éluder les règles de procédure ou à compromettre les droits de la défense* ».

Il importe de replacer cet arrêt dans l'actualité jurisprudentielle en matière de loyauté de la preuve laquelle est particulièrement riche. Il suffit pour s'en convaincre de rappeler le très important arrêt rendu en la matière par l'Assemblée plénière au début du mois de mars 2015. (Ass. Plén., 6 mars 2015, n°14-84.339). La solution étendait singulièrement la notion de déloyauté de la preuve, puisqu'il est permis d'interpréter cet arrêt comme caractérisant la déloyauté dans la combinaison de deux procédés de preuve pourtant parfaitement légaux.

A lire trop rapidement l'arrêt du 31 mars 2015, on pourrait y voir un assouplissement de la tendance jurisprudentielle actuelle en matière de loyauté de la preuve. Mais ce postulat ne résiste pas à l'analyse. En effet, aucun procédé fallacieux n'a été déployé par les autorités pour déterminer le gardé à vue à se confesser. De même, on ne saurait considérer que la reconnaissance des faits a été réalisée malgré lui. Par ailleurs, et puisque l'officier qui a recueilli ses confidences était chargé de sa surveillance, il est légitime de penser que sa qualité était connue du gardé à vue. Ainsi, c'est en toute connaissance de cause, que le suspect s'est auto incriminé. Enfin, cet échange n'a, à aucun moment, été évoqué par l'autorité policière lors des auditions.

Dès lors, en l'absence de détournement d'une règle de procédure et eu égard à la spontanéité de la confession, la déloyauté doit être exclue.

## **2/La possibilité de prendre en considération des éléments recueillis anonymement ne porte pas atteinte aux droits de la défense**

**Crim. 15 avril 2015, pourvoi n°14-84333**

Les droits de la défense sont un principe cardinal de droit français. Ils structurent la procédure pénale et ont été à l'origine d'évolutions très récentes. Cependant, il serait exagéré de considérer ce principe comme absolu, tant des aménagements, plus que des exceptions, peuvent y être apportés. C'est précisément l'objet de cet arrêt de la Cour de cassation qui refuse de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité.

Les témoins sont des atouts précieux dans la procédure pénale parce qu'ils concourent à la manifestation de la vérité. Toutefois, la situation du témoin peut être particulièrement difficile. Moralement tout d'abord, mais aussi « physiquement ». En effet, la peur des représailles peut empêcher un témoin de raconter ce qu'il sait et ainsi entraver la manifestation de la vérité.

Dès lors le droit français a prévu la possibilité pour le témoin, d'apporter son concours à la justice sous couvert de l'anonymat. Ainsi, l'article 706-58 du Code de procédure pénale dispose que « *En cas de procédure portant sur un crime ou sur un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement, lorsque l'audition d'une personne visée à l'article 706-57 est susceptible de mettre gravement en danger la vie ou l'intégrité physique de cette personne, des membres de sa famille ou de ses proches, le juge des libertés et de la détention, saisi par requête motivée du procureur de la République ou du juge d'instruction, peut, par décision motivée, autoriser que les déclarations de cette personne soient recueillies sans que son identité apparaisse dans le dossier de la procédure. Cette décision n'est pas susceptible de recours, sous réserve des dispositions du deuxième alinéa de l'article 706-60. Le juge des libertés et de la détention peut décider de procéder lui-même à l'audition du témoin.*

*La décision du juge des libertés et de la détention, qui ne fait pas apparaître l'identité de la personne, est jointe au procès-verbal d'audition du témoin, sur lequel ne figure pas la signature de l'intéressé. L'identité et l'adresse de la personne sont inscrites dans un autre procès-verbal signé par l'intéressé, qui est versé dans un dossier distinct du dossier de la procédure, dans lequel figure également la requête prévue à l'alinéa précédent. L'identité et l'adresse de la personne sont inscrites sur un registre coté et paraphé, qui est ouvert à cet effet au tribunal de grande instance. »*

Toutefois, si cette faculté assure la protection du témoin, elle n'est pas exempte de danger pour la personne mise en cause, privée de la possibilité d'être confrontée à son accusateur. En effet, l'article 706-62 du Code de procédure pénale, objet de la présente question prioritaire de constitutionnalité dispose que « *Aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement de déclarations recueillies dans les conditions prévues par les articles 706-58 et 706-61* ».

Interprétée à contrario, cette disposition prévoit que des déclarations recueillies anonymement peuvent être prises en compte dans le cadre d'une procédure pénale, pour aboutir à une éventuelle condamnation.

Le requérant soulève en conséquence une question prioritaire de constitutionnalité formulée en ces termes, « *Les dispositions de l'article 706-62 du code de procédure pénale, en ce qu'elles prévoient qu'aucune condamnation ne peut être prononcée « sur le seul fondement » des déclarations recueillies anonymement dans les conditions prévues par les articles 706-58 et 706-61 du code de procédure pénale, permettant ainsi que des éléments de preuve soient utilisés au cours d'une information judiciaire alors que la personne mise en cause n'a pas été mise à même de les contester, portent-elles atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, et plus exactement au respect des droits de la défense et du contradictoire garantis par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ?* ».

C'est le défaut de sérieux de la question posée qui motive le refus de transmission au Conseil constitutionnel.

Pour considérer que les droits de la défense ne sont pas atteints, la Haute juridiction se fonde principalement sur trois arguments.

Tout d'abord l'audition du témoin de manière anonyme peut faire l'objet d'une contestation devant le juge d'instruction. La faculté de contester cet anonymat et en conséquence de connaître l'identité de son accusateur est accordée à la personne mise en cause. On note malgré tout que cette possibilité est encadrée par l'article 706-60 du Code de procédure pénale. Ce recours présenté au président de la Chambre de l'instruction est enserré dans un délai de dix jours, et l'ordonnance motivée rendue par le magistrat n'est susceptible d'aucun recours. Le président de la Chambre de l'instruction peut, avec l'accord du témoin, prononcer la levée de l'anonymat.

Ensuite, d'autres éléments doivent nécessairement être pris en compte pour entrer en voie de condamnation. Ainsi, les éléments recueillis de manière anonyme doivent obligatoirement être corroborés par d'autres indices dont la contestation par la personne mise en cause est toujours possible.

Enfin, la déposition anonyme du témoin n'interdit pas qu'une confrontation soit réalisée entre le témoin et la personne qu'il met en cause. Ainsi, le fond des éléments recueillis peut toujours être soumis à un débat contradictoire.

Le législateur conscient de la dangerosité de l'anonymat pour les droits de la défense l'a entouré de garde-fous suffisamment forts pour les préserver.

### **3/ Les conditions de la mise en examen précisées par les arrêts dits amiante**

**Crim. 14 avril 2015, pourvois n°14-84333, n°14-84334 et n°14-84335.**

Dans ces trois espèces, si les faits ne sont pas parfaitement identiques, ils ne sont pas pour autant radicalement différents. On peut alors simplement rappeler, que de nombreux individus ont été exposés à l'amiante, sur leur lieu de travail ou d'étude. Plusieurs d'entre eux, mais également certains membres de leur entourage, ont développé des pathologies graves, voire mortelles.

Des particuliers, mais également des personnages publics ont été mis en examen pour

ces faits, des chefs de blessures et homicides involontaires.

S'ils tranchent d'autres questions accessoires, le cœur de ces arrêts concerne les conditions de la mise en examen. La question posée à la Haute juridiction peut être formulée en ces termes, la certitude est-elle une condition de la mise en examen ? Plus précisément, la Chambre criminelle de la Cour de cassation est invitée à déterminer le champ d'application de l'article 80-1 du Code de procédure pénale ; lequel pose que ne peuvent être mis en examen que les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable leur participation à la commission de l'infraction.

Dans la première espèce (arrêt n°84-14.333), les mises en examen ont été annulées par la Chambre de l'instruction aux motifs que la preuve d'indices graves ou concordants rendant vraisemblable la participation des individus aux infractions concernées n'était pas rapportée.

En rejetant le pourvoi qui lui est soumis, la Cour de cassation valide cette interprétation des juges de fond. Se faisant, elle rappelle tout d'abord que les constatations relatives à la présence ou à l'absence d'indices graves ou concordants relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Ensuite, elle rappelle indirectement les conditions de la mise en examen, dont les contours seront encore plus précisément dessinés dans les deux arrêts suivants.

Dans les arrêts n°14-84.334 et 14-84.335, les hauts conseillers cassent les arrêts de la Chambre de l'instruction objets des pourvois. Ici, les mises en examen avaient été annulées par les juges du fond, au motif que « *n'était pas établi un lien de causalité certain entre les faits reprochés aux intéressés et les dommages subis* ».

Cette solution n'emporte pas la conviction des juges du Quai de l'Horloge qui rappellent au contraire qu'au stade de l'instruction, seuls sont exigés des indices graves ou concordants rendant vraisemblable la commission de l'infraction. La solution classique mérite d'être rappelée. En effet, au stade de l'instruction, dont l'objet est précisément de faire toute la lumière sur les faits examinés, aucune certitude n'est possible. En conséquence, la procédure pénale n'impose pas au juge d'instruction de démontrer la certitude de la commission des faits ou de leur

imputation à la personne suspectée pour la placer en examen. Seule la vraisemblance révélée par des indices graves ou concordants doit être démontrée.

La Chambre criminelle apporte toutefois une précision quant au champ d'application du texte, en ce qu'elle considère qu'il s'applique également au lien de causalité « *entre les fautes reprochées au mis en examen et le dommage* ». Ainsi, un lien de causalité suffisamment probable autorise le juge d'instruction à placer le mis en cause en examen.

**Droit pénal**  
**Adeline BARAT**  
**Juriste**

**1/ À la recherche de la qualification juridique du jeu de dupes le plus ancien : jeu de hasard non autorisé ou escroquerie ?**

**Crim. 25 mars 2015, pourvoi n°14-83766**

Dans son livre « les tricheries des Grecs dévoilées, l'art de gagner à tous les jeux », Jean-Eugène Robert-Houdin décrit sans le nommer ce que l'on appelle désormais le jeu du bonneteau. Si son nom peut être méconnu, sa pratique est quant à elle bien connue de tous. En effet, bien que prohibé, ce jeu d'argent est pratiqué dans certains lieux publics et consiste à faire miser une somme d'argent à un joueur après lui avoir fait identifier un objet initial (palet, carte). Le but étant de retrouver celui-ci, en ayant suivi les mouvements rapides de l'organisateur.

En l'espèce, lors d'une mission de surveillance de la voie publique, des fonctionnaires de police ont observé un jeu de bonneteau. L'organisateur manipule des palets pendant que quatre de ses comparses se font passer pour des joueurs, se présentant comme étant des touristes afin d'inciter les passants à participer au jeu. C'est en pareil contexte que les fonctionnaires constatent qu'une personne, ainsi déterminée à jouer, a misé à trois reprises la somme de 50 euros en vain. Le manipulateur de palets et ses joueurs fictifs sont respectivement poursuivis pour escroquerie et complicité d'escroquerie. Pour

autant, la cour d'appel de Paris écarte la qualification juridique d'escroquerie et requalifie les faits en tenue de jeux de hasard non autorisés. Sur pourvoi formé par le procureur général près la Cour d'appel de Paris, la Chambre criminelle procède à l'annulation de l'arrêt d'appel pour contradiction de motifs. En effet, les juges suprêmes reprochent aux juges du fond d'avoir écarté la qualification juridique d'escroquerie alors même qu'ils en avaient caractérisé les éléments constitutifs. Pareil arrêt permet ainsi d'illustrer l'un des éléments matériels constitutifs du délit d'escroquerie : les manœuvres frauduleuses.

Rappelons ces éléments. L'escroquerie est un délit complexe qui se compose d'une condition préalable, de plusieurs éléments matériels et d'un élément moral. Tout d'abord, l'article 313-1 du Code pénal décrit l'objet de l'escroquerie comme pouvant être : « *des fonds, des valeurs ou un bien quelconque* ». Pareille condition préalable ne pose en l'espèce aucune difficulté. Ensuite, sur les éléments matériels dudit délit, celui-ci se commet par l'utilisation de certains moyens dans le but d'obtenir un résultat déterminé à savoir la remise de la chose convoitée à l'escroc au préjudice de la victime. Cette dernière est en l'espèce caractérisée par le pari à trois reprises de la somme de 50 euros. L'objet de la discussion se trouve ainsi focalisé sur l'existence de manœuvres frauduleuses susceptibles de permettre de retenir ladite qualification pénale. Il est constant en jurisprudence que le simple mensonge non accompagné d'un acte extérieur ne peut être qualifié de manœuvre frauduleuse (Crim. 20 juillet 1960). Il en va néanmoins différemment lorsqu'un mensonge est accompagné d'une mise en scène ou d'une machination lui donnant force et crédit. Il en va de même lorsque l'escroquerie se commet par l'intervention de tiers qui vont contribuer à tromper la victime. En l'espèce, les juges du fond ont relevé différents éléments, tout d'abord le fait que l'organisateur a indiqué « *savoir que les joueurs de passage perdraient à chaque fois* ». Ensuite, il connaissait les autres prévenus « *dont le rôle était d'attirer les joueurs* ». Enfin, l'un d'entre eux a admis avoir joué ce rôle « *pour inciter les passants à participer* » tandis que les autres prévenus reconnaissaient être également de faux joueurs. Pareils éléments viennent corroborer le

mensonge originaire : l'espérance chimérique de pouvoir gagner. En effet, les procédés utilisés semblent bien être destinés à orienter le hasard dans le sens des intérêts de l'organisateur et de ses complices de jeu.

Enfin, il est constant que l'intention résulte en pratique des manœuvres commises, traduisant la volonté de tromper la victime et d'obtenir d'elle la remise convoitée, de sorte que la preuve de l'élément moral ne semble pas poser de difficulté. La tromperie caractéristique de l'escroquerie est dès lors manifeste.

Pour autant, les infractions d'escroquerie et de complicité d'escroquerie sont écartées aux motifs qu'il n'est pas établi que lors de la manipulation des palets, les prévenus aient triché et que la seule présence de « *barons* » n'est pas constitutive de manœuvres frauduleuses de nature à déterminer les passants à parier.

En résumé, à défaut de prouver que les prévenus, qui se sont livrés au jeu de bonneteau sur la voie publique, procèdent à des manœuvres frauduleuses, les faits ne peuvent constituer une escroquerie.

Pareille analyse est censurée par les hauts conseillers qui de manière non surprenante se contentent de rappeler que « *l'intervention préalable et concertée de tiers, dans le cadre d'une mise en scène destinée à tromper sur leur espérance de gain les victimes potentielles, ainsi déterminées à verser leur mise, caractérise les manœuvres frauduleuses constitutives de l'escroquerie* ». Rien de vraiment étonnant puisque la qualification d'escroquerie par tricherie au jeu a, à différentes reprises, été retenue par la Haute juridiction concernant le bonneteau (Crim. 28 juillet 1958, Crim. 3 novembre 1964, Crim. 24 juillet 1968, Crim. 26 novembre 1975). De manière plus récente, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence avait également pu considérer que « *l'organisation de jeux de bonneteau sur la voie publique en présence de complices et d'une fausse participante chanceuse dans le but de déterminer des passants à remettre des fonds est constitutif de manœuvres frauduleuses répréhensibles par le biais du délit d'escroquerie* » (CA Aix en Provence 9 mai 2000).

**2/ La mise en œuvre du fait justificatif constitué par les droits de la défense dans le cadre d'une instance prud'homale précisée...**

### **Soc. 31 mars 2015, pourvoi n°13-24410**

Par l'arrêt ci-dessus indiqué, les hauts conseillers de la chambre se prononcent sur la charge de la preuve du caractère nécessaire des documents subtilisés par un salarié sur son lieu de travail en vue d'exercer ses droits de la défense dans une instance prud'homale.

Les faits sont les suivants : un salarié a effectué une copie de l'intégralité du disque dur de l'ordinateur portable qui a été mis à sa disposition dans un cadre professionnel et qu'il a par la suite dû restituer à son employeur à la suite de son licenciement. Compte tenu de l'ampleur des données recueillies par le salarié, la question de la nécessité de chacune d'entre elles pour la défense de ce dernier dans l'instance prud'homale qui l'opposait à son employeur s'est posée.

En effet, il est fait grief à l'arrêt rendu par la Cour d'appel d'avoir rejeté la demande reconventionnelle de l'employeur tendant à condamner le salarié sous astreinte à détruire la copie de certains fichiers au motif que les pièces produites par l'employeur ne permettent pas de retenir qu'il existe un risque d'utilisation des documents à des fins commerciales. Les juges du fond ont considéré pour ce faire que la copie du disque dur en une seule opération établit que cette copie est directement liée aux conditions de la rupture, sans que soient produits d'éléments laissant supposer une autre utilisation que celle qui avait été faite dans la procédure prud'homale.

C'est en pareil contexte que la Cour de cassation a pu s'exprimer pour la première fois de manière expresse sur la charge de la preuve du caractère nécessaire des documents subtilisés par l'employé pour l'exercice de ses droits de la défense. En effet, au visa des articles L. 1222-1 du Code du travail et 1315 du Code civil, les hauts conseillers censurent l'arrêt d'appel en ce qu'il a rejeté ladite demande reconventionnelle « *sans rechercher si le salarié établissait que les documents en cause étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans le litige qui l'opposait à son employeur à l'occasion de son licenciement* ».

Il est bien établi aujourd'hui en jurisprudence que le vol de documents par un salarié n'est pas répréhensible si les documents dont il est question sont strictement nécessaires à

l'exercice de ses droits de la défense dans un litige prud'homal (Crim. 11 mai 2004). Pareille cause d'irresponsabilité pénale fondée sur l'exercice des droits de la défense a par la suite été étendue à l'abus de confiance (Crim. 16 juin 2011). Un rapprochement avec l'état de nécessité pourrait être effectué à la différence près qu'il est ici question d'un danger futur et éventuel et non d'un danger actuel ou imminent.

Or, une nouvelle pierre à l'édifice de cette construction jurisprudentielle semble ici apportée puisque la Chambre sociale vient affirmer qu'il appartient au juge de rechercher si le salarié établit que les documents dérobés à l'entreprise sont strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense.

Elle fait alors une parfaite application des principes de droit pénal. En effet, la production de documents dans le cadre d'une instance prud'homale s'analyse comme un fait justificatif du vol. Ainsi, il appartient à celui qui s'en prévaut, c'est-à-dire au salarié, de prouver que ces documents sont nécessaires dans le cadre de ladite instance. Plus précisément, la Chambre sociale de la Cour de cassation semble accentuer cette obligation faite au salarié en lui imposant de démontrer la stricte nécessité de la production des documents concernés pour l'exercice de ses droits de la défense.

Enfin, quant aux visas choisis par la Cour de cassation, ceux-ci renvoyant aux questions de preuve dans un rapport d'obligation et au devoir de bonne foi dans l'exécution d'un contrat de travail, ils viennent corroborer l'idée que pour exécuter son contrat de travail de bonne foi, le salarié ne peut s'approprier de tels documents que dans le but d'assurer l'exercice des droits de sa défense.

### **3/ La contrainte pénale et l'application de la loi dans le temps**

**Crim. 14 avril 2015, pourvois n° 15-80858 et 14-84473**

La loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales est venue ajouter une nouvelle peine à l'arsenal répressif en vigueur : la contrainte pénale. Décrite par certains comme un sursis avec mise à l'épreuve « *bis* », elle se définit comme une peine qui

s'exécute en milieu ouvert sous condition de se soumettre, pendant une durée comprise entre six mois et cinq ans, à un ensemble de mesures de contrôle et d'assistance ainsi qu'à des obligations et interdictions prévues par l'article 131-4-1 du Code pénal. Elle peut être prononcée à l'égard de toute personne majeure condamnée pour un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans et ce à compter du 1er octobre 2014.

Il est d'un autre côté bien établi que l'application des lois pénales dans le temps obéit à des règles spécifiques prévues aux articles 112-1 et suivants du Code pénal desquels découle notamment le principe de la rétroactivité in mitius. En application dudit principe, lorsque la loi pénale est plus douce, elle s'applique de manière rétroactive. (article 112-1 alinéa 3). La loi pénale de fond plus douce peut donc être invoquée pour « *toutes les infractions n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée* ».

Ce rappel étant fait, les arrêts ci-dessus visés sont venus apporter une précision sur l'application de la contrainte pénale dans le temps.

Dans le premier arrêt (n°15-80.858), une personne est poursuivie pour conduite d'un véhicule malgré l'annulation de son permis de conduire et sous l'empire d'un état alcoolique, en récidive. Après avoir été condamnée en première instance à une peine de six mois d'emprisonnement, la cour d'appel prononce par la suite, le 11 décembre 2014, une peine de huit mois d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve. Pareille sentence est prononcée après l'entrée en vigueur de la loi du 15 août 2014 instituant la contrainte pénale de sorte que le pourvoi en cassation pose la question de savoir s'il pouvait être reproché aux juges du fond de ne pas avoir appliqué la contrainte pénale et ce en contradiction avec les réquisitions du Ministère public. La Chambre criminelle réfute le raisonnement des juges d'appel qui ont considéré que la contrainte pénale ne peut sanctionner les infractions commises à partir de l'entrée en vigueur de l'article 131-4-1 du Code pénal, à savoir à compter du 1er octobre 2014, alors que cette sanction constitue une peine alternative à l'emprisonnement ferme applicable à partir du

1er octobre 2014 aux jugements d'infractions mêmes commises avant cette date. Aussi, est-il donc permis de considérer que la contrainte pénale est susceptible de s'appliquer à des faits commis antérieurement à son entrée en vigueur. En tout état de cause, en l'espèce, le pourvoi est rejeté compte tenu du fait qu'une peine d'emprisonnement ferme n'a pas été prononcée. Pour autant, pareil arrêt laisse à penser que la contrainte pénale, alternative à l'emprisonnement, doit être considérée comme une disposition moins sévère au regard de l'article 112-1 alinéa 3 du code pénal et que sa rétroactivité est dès lors envisageable en présence d'une peine d'emprisonnement ferme encourue pour des délits commis avant le 1er octobre 2014.

Dans le second arrêt (n°14-84.473), la Cour d'appel par un arrêt rendu en date du 11 juin 2014 a condamné une personne pour escroquerie, faux et usage à deux ans d'emprisonnement, dont dix-huit mois avec sursis. Dans son pourvoi en cassation, cette dernière argue du fait que la loi du 15 août 2014 a institué une peine moins sévère de contrainte pénale et qu'en application de l'article 112-1 du Code pénal, sa peine devait être réexaminée au regard de ces dispositions plus favorables. Les hauts conseillers répondent que : « *si, à partir du 1er octobre 2014, le juge saisi d'un délit puni de cinq ans d'emprisonnement au plus, fût-il commis avant l'entrée en vigueur de la loi précitée, peut substituer à l'emprisonnement sans sursis la contrainte pénale, en ce que celle-ci constitue, aux termes de l'article 131-4-1 nouveau du Code pénal, une peine alternative à la privation de liberté, la demanderesse ne saurait, pour autant, prétendre à l'annulation de sa condamnation dès lors que l'emprisonnement a été prononcé conformément aux exigences de l'article 132-24, alinéa 3, du Code pénal dans sa version alors en vigueur* ». Quel enseignement en tirer ? Il semble ressortir de la solution rendue par la Cour de cassation que si la contrainte pénale peut être substituée à de l'emprisonnement ferme en tant que disposition plus douce, les dispositions de l'article 132-24 alinéa 3 du Code pénal seulement applicables à l'époque par les juges d'appel ont été respectées. Rappelons que ce dernier dispose qu' : « *une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si*

*la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate* ». Par conséquent, il peut se déduire de l'arrêt rendu par la Chambre criminelle que la substitution de la contrainte pénale à une peine d'emprisonnement ferme n'est jamais de droit. Ainsi, par ce refus d'annuler systématiquement les peines d'emprisonnement ferme prononcées dans les situations où les peines de contrainte pénale auraient pu leur être substituées, la Haute juridiction semble vouloir préserver une certaine sécurité juridique.

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

**Le pouvoir de police du maire, le juge du référé liberté et les pâtisseries de mauvais goût : une crise de foi(e) dans les jurisprudences établies ?**  
**CE ord. 16 avril 2015 Société Grasse Boulange c/ Conseil représentatif des associations noires (CRAN) n° 389372**

Le maire d'une commune doit-il interdire l'exposition en vitrine de pâtisseries figurant des personnages de couleur noire présentés dans des attitudes obscènes et s'inscrivant délibérément dans l'iconographie colonialiste ? C'est en substance la question qui était posée au juge administratif du référé liberté (L521-2 du CJA) dans l'affaire soumise au commentaire qui, une fois de plus, eu les honneurs de la presse généraliste en sus de la presse spécialisée. En première instance, le tribunal administratif de Nice ainsi saisi s'était situé dans le cadre notamment de la jurisprudence Commune de Morsang-sur-Orge (CE Ass. 27 octobre 1995 Commune de Morsang-sur-Orge) qui reconnaît que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public. Il avait aussi estimé que le respect de la dignité de la personne humaine, consacré par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par la tradition républicaine, constitue une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2

du Code de justice administrative, semblant ainsi inscrire son raisonnement dans la filiation de la jurisprudence Dieudonné I (CE ord. 9 janvier 2014 *Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*). Saisi en appel, le Conseil d'État a jugé que si l'exposition est de nature à choquer, l'abstention puis le refus du maire de Grasse de faire usage de ses pouvoirs de police pour y mettre fin ne constituent pas en eux-mêmes une illégalité manifeste portant atteinte à une liberté fondamentale qu'il appartiendrait au juge administratif des référés de faire cesser.

L'ordonnance du Conseil d'État, rédigée comme il se doit en termes elliptiques afin d'échapper à une éventuelle critique doctrinale se place essentiellement sur le terrain de l'absence d'obligation de prendre une mesure initiale de police administrative, laissant ainsi de côté toute référence au concept de dignité humaine.

Une solution fondée sur l'absence d'obligation de prendre une mesure initiale de police administrative

Le principe même d'une obligation de prendre des mesures de police administrative initiale n'est pas contesté en doctrine (CE Sect. 23 octobre 1959 *Doublet*) d'autant que le législateur l'a implicitement mais nécessairement consacré par la loi de 2003 relative à la sécurité intérieure (l'article 1er de la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure dispose ainsi que « la sécurité est un droit fondamental » et que « l'État a le devoir d'assurer la sécurité en veillant [...] au maintien de la paix et de l'ordre publics »).

Le Conseil d'État a toutefois posé des conditions assez drastiques pour admettre une telle obligation. Trois conditions cumulatives sont ainsi exigées dans l'arrêt *Doublet* :

1° La mesure sollicitée doit être indispensable

2° Le péril envisagé doit être péril grave

3° Il faut en outre qu'il existe une situation particulièrement dangereuse pour l'ordre public.

Dans sa chronique à l'AJDA, le Pr Melleray insiste toutefois sur les incertitudes du devenir d'une telle obligation (AJDA 2005 p. 71, *L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales*, Fabrice Melleray). En effet, dans l'affaire *Ville de Chevreuse* (CE 8 juillet 1992), le Conseil d'État s'était borné à affirmer qu'il existait une obligation pour le maire d'agir, dès lors que « l'activité de ce club portait à la

*tranquillité publique une atteinte d'une gravité telle que le maire ne pouvait s'abstenir d'y porter remède, sans méconnaître ses obligations en matière de police* », laissant entendre que la grille de *Doublet* s'était passablement allégée.

Le fait est que l'état du droit n'a jamais été clarifié, en dépit des appels répétés de la doctrine en ce sens. Le Conseil d'État, saisi en appel dans le cadre de la procédure de référé liberté ne devait censurer la décision de refus du maire que s'il existait une illégalité manifeste. Face à un tel flou jurisprudentiel, il n'est donc pas surprenant que le Conseil d'État affirme que l'autorité administrative n'était pas tenue d'agir... et dès lors qu'il annule la décision du TA de Nice.

Une absence de référence dans l'ordonnance du Conseil d'État au concept de dignité humaine

L'ordonnance rendue par le tribunal administratif s'était fondée sur la dignité humaine, considérant que les figurines en question, par l'imagerie qu'elles véhiculaient, portaient atteinte à cette dignité.

On sait depuis la jurisprudence *Commune de Morsang sur Orge* que la dignité est une composante de l'ordre public. On sait également qu'en cas d'atteinte à la dignité, l'autorité de police doit faire cesser l'atteinte, quand bien même il n'existerait pas de circonstances locales particulières. Dès 1997 (CE 8 décembre 1997 *Commune d'Arcueil c/ régie publicitaire des transports parisiens*), les maires avaient perçu les virtualités d'une telle solution qui aurait pu permettre d'interdire tout ce qui choque, encore plus largement que la moralité publique (qui, pour être également une composante de l'ordre public est subordonnée à la condition de l'existence de circonstances locales particulières : CE Sect. 18 décembre 1959 *Société "Les films Lutetia"*). L'ordonnance *Dieudonné* (précitée) avait pu laisser craindre une extension de la dignité par le juge administratif. Par cette ordonnance, le Conseil d'État semble en revenir à une conception peut-être plus restrictive.

**Droit des Libertés**  
**Matthieu THAURY**  
**Enseignant de droit des libertés**

**La révélation des orientations sexuelles d'un dirigeant politique ne viole pas le droit à la vie privée lorsqu'elle participe du droit à l'information.**

**Civ. 1<sup>re</sup>, 9 avril 2015, pourvoi n°14-14146**

L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 9 avril 2015 illustre une nouvelle fois la protection spécifique dont bénéficie la liberté d'expression lorsque celle-ci participe du droit à l'information. En l'espèce, le secrétaire général du Front National dont l'homosexualité avait été révélée dans un ouvrage intitulé « Le Front National des villes & le Front National des champs » s'était pourvu en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 décembre 2013 qui avait considéré que le droit à l'information primait sur l'atteinte à la vie privée de l'homme politique.

Le requérant se fondait sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et sur l'article 9 du Code civil, en vertu desquels chacun a droit au respect de sa vie privée et estimait que l'orientation sexuelle fait partie du plus intime de la vie privée. Partant, la révélation de l'homosexualité d'une personnalité politique ne pouvait être justifiée par le débat dont faisait l'objet la position du Front National sur la question du mariage entre personnes de même sexe. Le requérant soulignait, en outre, que son orientation sexuelle ne préjugait en rien de sa position sur cette question et encore moins de celle de son parti ou sur les relations que ce parti entretiendrait avec « les homosexuels ». Dès lors, aucun débat d'intérêt général ne nécessitait en l'espèce l'atteinte portée au respect de la vie

privée du requérant et la Cour d'appel avait commis une erreur de droit.

Dans un arrêt à la motivation pour le moins laconique, la Cour de cassation rejette le pourvoi. Elle relève que l'évocation de l'orientation sexuelle du requérant figure dans un ouvrage portant sur un sujet d'intérêt général, dès lors qu'il se rapporte à l'évolution d'un parti politique qui a montré des signes d'ouverture à l'égard des homosexuels à l'occasion de l'adoption de la loi du 17 mai 2013 relative au mariage des personnes de même sexe. Le juge de cassation en déduit que la Cour d'appel a ainsi apprécié « *le rapport raisonnable de proportionnalité existant entre le but légitime poursuivi par l'auteur, libre de s'exprimer et de faire état de l'information critiquée, et la protection de la vie privée de la personnalité politique concernée* ». Cet arrêt illustre indéniablement une certaine forme d'absolutisme de la liberté d'expression lorsque son exercice se rattache de près ou de loin à un débat d'intérêt général. Cette tendance des juridictions nationales à faire primer la liberté d'expression sur le droit à la vie privée lorsque sont en cause des personnalités publiques traduit dans une large mesure la pénétration du droit conventionnel dans le droit interne. La Cour européenne des droits de l'Homme a réaffirmé à de nombreuses reprises la nécessité de ne pas faire obstacle à l'expression de propos participant d'un débat d'intérêt général, notamment à l'égard d'éminentes personnalités politiques (v., notamment, CEDH, 7 juin 2007, n° 1914/02, Dupuis et a. c/ France). Ce que d'aucun ont pu dénoncer comme « *une certaine impunité à la presse au détriment du droit au respect de la vie privée et du droit au respect de la présomption d'innocence* » (L François, « Le droit de la presse et la diffamation devant la Cour Européenne des droits de l'homme », *in* Revue du Droit Public N°3 2005).

---

# CRISP

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation

---