

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

N°19-20 – Juillet et Août 2015

Sommaire

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

CRISP

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation

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

L'article du mois

L'embarassante question de la gestation pour autrui

En apparence, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a mis un terme aux incertitudes de transcription des actes de naissance d'enfants d'une gestation pour autrui à l'étranger (Cass., ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21.323 ; Cass., ass. plén., 3 juill. 2015, n° 15-50.002). Toutefois, le revirement de jurisprudence opéré suscite de nouvelles interrogations, plus larges, concernant la validité même de ce processus.

Par F. TOURET



CRISPcrisp@prepa-isp.fr**Président du CRISP**

Philippe MAZET

philippe.mazet@prepa-isp.fr**Rédacteur en chef**

Franck TOURET

franck.touret@prepa-isp.fr**Comité scientifique**

Jacob BERREBI

jacob.berrebi@prepa-isp.fr

Matthieu THAURY

matthieu.thaury@prepa-isp.fr**Directrice Générale ISP**

Julie HABERMAN

julie.haberman@prepa-isp.fr**Groupe ISP****Institut Supérieur de Préparation**

18 rue de Varenne

75007 PARIS

01.42.22.30.60

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

RCS Paris 331 302 877



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

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) afin de lui proposer le thème et un résumé de sa proposition d'article (15 lignes maximum). Après avis favorable du rédacteur en chef et fixation d'un délai de remise, l'article sera soumis au Comité scientifique qui donnera une réponse dans les 15 jours.

L'édito

La chevauchée de l'exécutif entravée par le Conseil constitutionnel

Adoptée définitivement le 10 juillet dernier, après que le gouvernement a engagé pour la troisième fois sa responsabilité, la loi Macron a passé l'épreuve du juge constitutionnel.

Le 5 août 2015, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. Si certaines dispositions ont été déclarées conformes à la Constitution, d'autres n'ont pas franchi le cap du juge constitutionnel. Il en a été ainsi de la procédure d'injonction structurelle dans le secteur du commerce de détail, qui a été considérée comme portant une atteinte disproportionnée au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre ; de l'habilitation donnée au pouvoir réglementaire de fixer les règles concernant l'assiette de la contribution à l'accès au droit et à la justice, qui relève du pouvoir législatif ; des modalités d'indemnisation du titulaire d'un office de notaire, huissier de justice ou commissaire priseur judiciaire, qui occasionne une rupture de l'égalité devant les charges publiques ; de la permission accordée à l'Autorité de la concurrence d'obtenir la communication de données de connexion, qui portait atteinte au respect de la vie privée et de l'indemnisation octroyée par le juge au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse, qui méconnaissait le principe d'égalité devant la loi.

Par ailleurs, pas moins de 18 articles ont été censurés au motif qu'ils avaient été introduits irrégulièrement, sous forme d'amendements, autrement considérés comme des cavaliers

législatifs. Le cavalier législatif désigne dans le jargon légistique une pratique

consistant à insérer dans une loi, par facilité ou tactique, une disposition sans rapport avec l'objet de cette loi ; ce qui la voue à être privée d'effet par le Conseil constitutionnel en cas de saisine de celui-ci. La censure sur ces points est heureuse et était inévitable. Il avait déjà été relevé l'absence de ligne directrice et plus largement de logique du dispositif Macron (BMA 2014/12, p. 3). Au point que la doctrine a pu qualifier ce projet « *d'objet juridique mal identifiable* » (JCP éd. G. n° 52, 22 Déc. 2014, 1327, Ceci n'est pas une loi, H. Croze).

Si Emmanuel Macron, se félicite que la loi a été « *validée en totalité dans ses principes et à 98 % dans les détails, en particulier sur la réforme des professions réglementées qui avait fait l'objet de nombreuses attaques* », la technique de rédaction de la loi en sort affaiblie. Espérons que les réformes promises reviennent à une plus grande rigueur législative, améliorant par la même la qualité du Droit. Aussi, il convient d'inviter le législateur et le gouvernement à consulter le guide légistique disponible gratuitement sur Légifrance afin de revenir à une plus grande rigueur ([lien](#)).

Franck TOURET
Rédacteur en chef BMA

L'article du mois

L'embarrassante question de la gestation pour autrui

En apparence, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a mis un terme aux incertitudes de transcription des actes de naissance d'enfants d'une gestation pour autrui à l'étranger (Cass., ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21.323 ; Cass., ass. plén., 3 juill. 2015, n° 15-50.002). Toutefois, le revirement de jurisprudence opéré suscite de nouvelles interrogations, plus larges, concernant la validité même de ce processus

Dans ces situations similaires, la Cour était saisie d'affaires, dans lesquelles un Français avait reconnu la paternité d'un enfant à naître en Russie. L'acte de naissance établi en Russie mentionne l'homme en tant que père et la femme ayant accouché en tant que mère. L'homme a ensuite demandé la transcription de l'acte de naissance russe à l'état civil français. Toutefois, le procureur de la République s'y est opposé, soupçonnant le recours à une convention de gestation pour le compte d'autrui, en soutenant d'une part qu'une convention de gestation pour autrui est nulle d'une nullité d'ordre public et, d'autre part, que le refus de transcription de l'acte de naissance est fondé sur l'ordre public français international. Opérant un revirement de jurisprudence, la Cour de cassation affirme que « l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité » dès lors la convention de gestation pour autrui conclue ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance.

En l'espèce la qualification de convention de gestation pour autrui est douteuse. En effet, la gestation pour autrui est la convention consistant pour une femme à porter un enfant pour le compte d'un couple ou d'une personne célibataire et à renoncer, au profit de ce couple ou de la personne célibataire, à établir avec l'enfant un lien juridique de filiation. Or en

l'espèce, la filiation est établie à l'égard du père « génétique » et de la mère « porteuse », qui n'a donc

pas abandonné son enfant à la naissance. Néanmoins, l'Assemblée plénière reconnaît en France les effets d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger, alors même que ce procédé est interdit. Au-delà de la position de la Cour de cassation, c'est le dispositif français qui doit être repensé et plus largement l'assistance médicale à la procréation. En effet, il est difficilement tenable d'interdire la gestation pour autrui, mais de reconnaître ses effets lorsqu'elle est pratiquée à l'étranger.

Deux voies différentes s'ouvrent au législateur. La première consisterait à maintenir l'interdiction de la gestation pour autrui, mais en posant des conditions strictes de reconnaissance de la situation juridique constituée à l'étranger, afin d'éviter les dérives (I). La seconde, plus audacieuse, consisterait à lever l'interdiction de la gestation pour autrui (II).

I/ LE MAINTIEN DE L'INTERDICTION DE LA GESTATION POUR AUTRUI

La première voie, respectueuse du droit positif, permettrait de préserver les principes relatifs à la personne touchant à la gestation pour autrui (A), tout en encadrant la reconnaissance de ses effets par les règles existantes (B).

A/ La préservation du dispositif actuel relatif à la gestation

Franck TOURET
Enseignant de Droit privé à l'ISP

Sous l'empire du droit positif, il n'est pas possible de recourir à une convention de gestation pour le compte d'autrui. Dès avant les lois de bioéthique, la jurisprudence avait annulé les groupements ayant pour objectif de favoriser ou d'organiser la pratique de la gestation pour autrui (Civ. 1^{re}, 13 déc. 1989, no 88-15.655). La Cour de cassation a retenu l'illicéité des conventions organisant de telles opérations, au triple visa des articles 6 (ordre public et bonnes mœurs), 1128 (il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions) et 353 du Code civil (adoption). Elle a affirmé que « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* » (Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105). Consacrant cette condamnation de principe, l'article 16-7 du Code civil, issu de la loi relative au respect du corps humain du 29 juillet 1994, dispose que « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* » (art. 16-7 C. civ.). De surcroît, ces dispositions sont d'ordre public (art. 16-9 C. civ.).

Cette interdiction du droit français est tirée de l'indisponibilité du corps humain et de celui de l'état des personnes. En effet, ces pratiques constitueraient une convention prohibée portant sur le corps de la femme, puis sur celui de l'enfant et entraîneraient également une disposition illicite de l'état de l'enfant, littéralement cédé (à titre onéreux ou gratuit) par la femme qui en a accouché. Malgré d'intenses discussions et controverses, l'interdiction de la gestation pour autrui a été maintenue par la loi de bioéthique no 2011-814 du 7 juillet 2011. Toutefois, bien qu'interdite sur le sol français, des couples français ont recours à l'étranger à des conventions de gestation pour autrui. Dans ce cadre, ce pose la question du sort de l'enfant et du lien qui peut unir l'enfant à ses parents une fois de retour en France. La jurisprudence a maintenu dans toute sa rigueur pendant de nombreuses années sa position. Elle a refusé la possibilité d'adopter l'enfant né d'une maternité de substitution (ass. plén., 31 mai 1991, no 90-20.105 ; Civ. 1^{re}, 16 févr. 1999, nos 96-21.223 et 97-12.781), d'établir la filiation par le biais de la possession d'état (Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, no 09-17.130), ou de transcrire sur l'état civil français l'acte de naissance dressé à

l'étranger (Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, nos 09-66.486 et 10-19.053 ; Civ. 1^{re}, 17 déc. 2008, no 07-20.468 ; Civ. 1^{re}, 13 sept. 2013, nos 12-30.138 et 12-18.315 ; Civ. 1^{re}, 19 mars 2014, n° 13-50.005). Néanmoins, cette position est amenée à évoluer sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme, imposant aux juges français de reconnaître les effets d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger.

B/ Des effets reconnus sous conditions par les règles existantes

La Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France dans deux recours déposés par des couples dont les enfants, nés légalement aux États-Unis d'une mère porteuse, n'ont pas été inscrits à l'état civil français. D'abord, la Cour européenne des droits de l'homme affirme la non-violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme s'agissant du droit des requérants au respect de leur vie familiale. En revanche, elle retient une violation de l'article 8 s'agissant du droit des enfants au respect de leur vie privée. La Cour constate que, sans ignorer que les enfants ont été identifiés aux États-Unis comme étant ceux des époux Mennesson ou Labassée, la France leur nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique. Elle considère que cette contradiction porte atteinte à l'identité des enfants au sein de la société française. Ensuite, elle relève que la jurisprudence empêche totalement l'établissement du lien de filiation entre les enfants nés d'une gestation pour autrui – régulièrement – réalisée à l'étranger et leur père biologique, ce qui va au-delà de ce que permet l'ample marge d'appréciation qu'elle reconnaît aux États dans leurs décisions relatives à la gestation pour autrui. Elle rappelle que le droit à l'identité « *fait partie intégrale de la notion de vie privée et qu'il y a une relation directe entre la vie privée des enfants nés d'une gestation pour autrui et la détermination juridique de leur filiation* ». Elle estime qu'« *interdire totalement l'établissement d'un lien de filiation entre un père et ses enfants biologiques* » est contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme. Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme précise que cette condamnation ne porte pas sur le choix de la France d'interdire la gestation pour autrui.

Appliquant la décision de la Cour européenne des droits de l'homme, l'Assemblée plénière a considéré que les règles de transcription sur les actes de l'état civil français, interprétées à la lumière de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, doivent s'appliquer. Répondant, à la jurisprudence antérieure, la théorie de la fraude ne peut donc pas faire échec à la transcription de l'acte de naissance. Les seules limites posées sont celles de l'article 47 du Code civil, à savoir l'acte irrégulier, falsifié ou que les faits déclarés ne correspondent pas à la réalité. Certains auteurs ont ainsi considéré qu'un acte indiquant comme mère de l'enfant une femme autre que la mère porteuse pourrait justifier un refus de transcription. Toutefois, c'est méconnaître l'arrêt *Mennesson* de la CEDH. En effet, dans cette espèce, la France a été condamnée pour ne pas avoir transposé le jugement californien indiquant que les époux *Mennesson* sont les parents des jumelles. En conséquence, les juges français devront transcrire sur les registres de l'état civil les actes étrangers même si la mère indiquée n'est pas la mère biologique. Enfin, la Cour de cassation précise, dans son communiqué de presse, que les espèces soumises ne soulevaient pas la question de la transcription de la filiation établie à l'étranger à l'égard de parents d'intention.

La Cour ne s'est pas prononcée sur la question de la filiation. En réalité, la position de la Cour de cassation est déjà connue. Premièrement, dans deux avis, la Cour de cassation écarte la solution fondée sur la fraude à la loi en matière d'insémination artificielle avec donneur anonyme pratiquée à l'étranger (Avis Cour de cassation 22 septembre 2014, avis n° G1470006 et avis n° J1470007). Elle affirme que le recours à l'assistance médicale à la procréation à l'étranger, par insémination artificielle avec donneur anonyme, ne fait pas obstacle à ce que l'épouse de la mère puisse adopter l'enfant ainsi conçu. La gestation pour autrui étant une variété d'assistance médicale à la procréation, il est concevable d'affirmer que le conjoint du père ou de la mère de l'enfant ayant eu recours à une gestation pour autrui pourrait adopter l'enfant. Deuxièmement, la seconde affaire soumise à la Cour européenne des droits de l'homme est éclairante sur la question de la filiation. Dans

l'affaire *Labassée*, les époux ne contestaient pas le refus de transcription. Ils essayaient de faire reconnaître le lien de filiation par la voie de la possession d'état. Ils obtinrent un acte de notoriété constatant la possession d'état, mais le parquet refusa d'en porter mention à l'état civil. Dès lors, le refus de reconnaître la filiation par la possession d'état emporte une violation de l'article 8 de la Convention. En conséquence, il convient d'établir la filiation, quelle que soit la voie choisie (reconnaissance, possession d'état, etc.) de l'enfant né d'une gestation pour autrui.

Au final, sans porter atteinte au principe d'interdiction de la gestation pour autrui posé à l'article 16-7 du Code civil, la reconnaissance de ses effets peut se faire dans le cadre actuel de la filiation. Autre solution plus novatrice serait de lever la prohibition de la gestation pour autrui.

II/ LA LEVEE DE LA PROHIBITION DE LA GESTATION POUR AUTRUI

Lever la prohibition de la gestation pour autrui se situerait dans le prolongement des évolutions récentes (A), mais susciterait des difficultés importantes quant aux conditions d'encadrement d'une telle pratique (B).

A/ L'ouverture de la gestation pour autrui dans le prolongement des évolutions récentes

La loi du 17 mai 2013, ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, a opéré un bouleversement considérable de la conception de la famille. Désormais, l'article 143 du Code civil précise que « *le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* ». Néanmoins, le bouleversement est à relativiser, car peu de règles ont été modifiées en profondeur. Ainsi, la loi no 2013-404 du 17 mai 2013 n'a pas modifié les règles concernant l'autorité parentale, qui appartient de la même façon et selon les mêmes modalités aux deux parents, qu'ils soient de même sexe ou de sexe différents. Également, la loi de 2013 n'a pas permis l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation pour les couples de personnes de même sexe. En effet, l'article L. 2131-2 du Code de la santé publique réserve cette technique à un couple formé d'un homme et d'une femme. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que le couple soit

marié, il peut s'agir de concubins ou de personnes liées par un PACS. L'altérité sexuelle est privilégiée au détriment de la forme de l'union, ce qui pourrait constituer une rupture d'égalité entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels. Aussi, la première évolution pourrait conduire à ouvrir l'assistance médicale à la procréation aux couples de mêmes sexes féminins et par extension à la gestation pour autrui.

Néanmoins, la loi du 17 mai 2013 a ouvert l'adoption aux couples mariés de même sexe. En effet, le législateur a souhaité une égalité de traitement de tous les époux se traduisant dans le nouvel article 6-1 du Code civil, « *le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations [...] que les époux soient de sexe différent ou de même sexe* ». En revanche, la réforme n'a aucun effet sur la filiation hors adoption. En conséquence, les liens de filiation établis à l'égard d'un couple de personnes de même sexe ne pourront résulter que du jugement d'adoption, qu'il s'agisse d'une adoption en couple ou de l'adoption de l'enfant du conjoint. Toutefois, l'avis du 22 septembre 2014 de la Cour de cassation apporte un éclairage intéressant sur les futures évolutions. La Cour tire les conséquences de la loi du 17 mai 2013, qui a eu pour effet de permettre, par l'adoption, l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et deux personnes de même sexe, sans aucune restriction relative au mode de conception de cet enfant. L'indifférence du mode de conception de l'enfant renvoie à l'assistance médicale à la procréation réalisée à l'étranger, mais pourrait également viser la gestation pour autrui. Au final, même si le Premier ministre a annoncé que « *la GPA est et sera interdite en France* » (BMA 2014/11 p. 3), l'évolution légale et jurisprudentielle vers une ouverture à ce type de pratique pourrait conduire à une remise en cause de cette interdiction, qui mériterait un encadrement strict.

B/ L'encadrement strict de la gestation pour autrui

Dans la perspective d'une introduction de la gestation pour autrui, plusieurs difficultés naissent. Ces dernières tiennent essentiellement

à la conciliation des intérêts en présence, d'un côté la couveuse, de l'autre le commanditaire et entre les deux, l'enfant.

D'abord, il conviendra de préserver les intérêts de la couveuse, et surtout préserver la liberté de disposer son corps. Ainsi, la pratique de l'interruption volontaire de la grossesse de la couveuse devra être au cœur des débats. Ainsi, le dispositif devra préciser si la porteuse pourra ou non recourir à un tel choix et à quelles conditions. Par ailleurs, il conviendra de préciser si les commanditaires doivent donner leur consentement ou s'ils sont étrangers à cette prise de décision.

Pour les commanditaires, plusieurs difficultés seront à lever. D'abord, le dispositif devra préciser si les commanditaires ont un droit de regard sur l'hygiène et les choix de vie de la couveuse, ou au contraire ne peuvent intervenir pour préserver la liberté de cette dernière. Ensuite, doit être encadrée l'issue du processus. En effet, le dispositif devra se prononcer sur la possibilité ou non pour les commanditaires de refuser l'enfant et sur les éventuelles conséquences. Préalablement, il conviendrait de s'assurer du sérieux de la demande des commanditaires, ce qui limiterait les hypothèses de refus. De surcroît, une solution, déjà existante, pourrait être d'imposer aux commanditaires d'aller au terme du processus, comme en matière d'assistance médicale à la procréation. Dans ce dernier cas, d'une part le concubin qui n'effectue pas la reconnaissance engage sa responsabilité envers la mère et l'enfant ; d'autre part sa paternité pourra être déclarée en justice.

L'enfant est au cœur du processus et est dans une situation conflictuelle. D'un côté, il sera accueilli par une famille souhaitant cette personne. De l'autre, un lien biologique existe, mais auprès d'une personne qui ne le désire pas. La question centrale pour l'enfant est celle de la filiation à l'égard des commanditaires et du lien éventuel à l'égard de la porteuse. À propos de la filiation, les difficultés peuvent être réglées en ayant recours aux règles de droit commun de la filiation. Plus délicat est à la question d'un éventuel lien juridique à l'égard de la couveuse. Une réponse est donnée par l'article 311-19 du

Code civil qui affirme qu'« *en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation* ». Ainsi, aucun lien de filiation ne pourrait être établi entre l'enfant et la couveuse. Néanmoins, en matière d'assistance médicale à la procréation, la mère qui porte l'enfant sera juridiquement considérée comme la mère, car elle accouchera de l'enfant. En effet, aux termes de l'article 311-25 du Code civil, « *la filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant* ». Or telle disposition ne peut trouver application en matière de gestation pour autrui, puisque par définition la personne qui accouche de l'enfant ne sera pas considérée comme la mère.

Afin d'aboutir à une conciliation des différents intérêts en présence, plusieurs règles devraient être instaurées. Premièrement, la gestation pour autrui devrait être à titre gratuit. Deuxièmement, la gestation pour autrui ne devrait être autorisée que de manière indirecte. En effet, il devrait être nécessaire de recourir à une agence spécialisée dans la mise en relation des parents et des couveuses. Ensuite, l'anonymat assuré par l'agence permettrait de lever les difficultés liées à l'ingérence des commanditaires dans la vie de la couveuse et assurerait surtout le possible recours à une interruption volontaire de grossesse. De surcroît, il serait nécessaire d'établir précisément les mécanismes d'établissement du lien de filiation. Enfin, il serait possible de restreindre la gestation pour autrui en posant des conditions précises, comme l'ouvrir uniquement aux couples ou que l'enfant soit génétiquement issu d'au moins un des deux membres du couple.

En conclusion, si cette pratique suscite de nombreuses difficultés, notamment éthique, il est possible d'en lever certaines. Au final, tout l'équilibre du dispositif pourrait se résumer de la manière suivante : l'autoriser sans pour autant favoriser la gestation pour autrui.

L'actualité

Droit des obligations Jacob BERREBI Enseignant de Droit privé

1/ De l'application de l'article 1110 du Code civil en matière d'œuvres d'art... une nouvelle illustration

Civ. 2^{ème}, 9 avril 2015, pourvoi n° 13-24.772

Le contentieux des œuvres d'art est un terrain fertile pour la jurisprudence en matière d'œuvres d'art depuis les arrêts « Magnasco » et « Poussin ». La présente décision du 9 avril 2015 vient conforter ce sentiment et concerne plus particulièrement la condition d'excusabilité de l'erreur.

En l'espèce, un professionnel de l'art se porte acquéreur d'une œuvre d'art attribuée à un peintre célèbre. A posteriori, il fait appel à un expert qui confirme son authenticité. Cependant, après la découverte d'autres éléments, le tableau s'avère une contrefaçon. L'acquéreur assigne le vendeur en nullité de la vente sur le fondement de l'article 1110 du Code civil. Reste que les juges du fond le déboutent tandis que la Cour de cassation saisie de son pourvoi n'est pas sensible à son argumentation. Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation constate que l'erreur commise par l'acquéreur n'était pas excusable.

Concernant la condition d'excusabilité de l'erreur, la jurisprudence est en la matière des plus casuistiques. Classiquement, la Cour régulatrice décide que celui qui par sa qualité est censé savoir quelque chose ne peut ensuite affirmer l'ignorer. Autrement dit, il est plus aisément admis que commet une erreur inexcusable le professionnel averti qui contracte dans sa sphère de compétence habituelle (Civ. 1^{ère}, 2 mars 1964). Cette sévérité s'exprime à l'égard du professionnel trouve souvent illustration dans la jurisprudence (Civ. 3^{ème}, 4 juillet 2007), sans qu'elle soit définitive : ainsi,

dans un arrêt de 2009, les hauts conseillers ont souligné que la seule qualité de professionnel du demandeur en nullité ne suffit pas à le priver du droit d'invoquer cette nullité (Civ. 1^{ère}, 8 décembre 2009). Il convient donc d'examiner les circonstances de chaque affaire pour conclure au caractère excusable ou inexcusable de l'erreur commise. En l'espèce, les juges constatent d'abord que l'acquéreur était un professionnel de l'art, particulièrement spécialisé dans le domaine de l'œuvre litigieuse. Ensuite, les juges observent que l'acheteur est réputé avoir vu l'œuvre avant la conclusion de la vente. Les juges en déduisent le caractère inexcusable de l'erreur commise. Ce point constitue le point principal de la solution de l'arrêt.

2/ De la preuve de la situation d'un contrat, fait juridique pour le tiers

Civ. 1^{ère}, 3 juin 2015, pourvoi n° 14-19.825

Selon l'article 1165 du Code civil, « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* ». Le principe de la relativité des conventions n'est point absolu. Il est constant que le contrat constitue à l'égard des tiers, un fait juridique. Précisément, quant à la possibilité pour un tiers d'invoquer le contrat à son profit, la Cour de cassation souligne que « *Si un tiers peut se prévaloir du contrat en tant que situation de fait, c'est à la condition que celle-ci soit de nature à fonder l'application d'une règle juridique lui conférant le droit qu'il invoque* » (Com. 18 décembre 2012). La mise en œuvre de ce droit par le tiers nécessite donc au préalable que le tiers rapporte la preuve de l'existence du contrat.

C'est sur cette question probatoire que la Haute juridiction revient dans la présente décision : une banque se voit reprocher par son client des retraits réalisés par sa femme sur son compte sans son autorisation. La banque se défend en arguant d'une procuration donnée par le client à sa femme ; cependant, les juges du fond déboutent la banque qui n'a pas été en mesure

de produire cette procuration et qui s'est contentée de rapporter une copie informatique d'un document attestant de l'existence de cette procuration, dès lors que ce document ne saurait servir de preuve au sens de l'article 1348 du Code civil.

La Cour de cassation censure, sur le fondement des articles 1341, 1347 et 1348 du Code civil, l'arrêt d'appel : « *le banquier dépositaire, qui se borne à exécuter les ordres de paiement que lui transmet le mandataire du déposant, peut rapporter la preuve par tous moyens du contrat de mandat auquel il n'est pas partie* ». Parfaite logique de la Cour de cassation : 1) le contrat constitue un fait juridique à l'égard des tiers ; 2) les faits juridiques se prouvent par tous moyens ; 1+2) le tiers peut prouver la situation juridique créée par le contrat par tous moyens.

Cette jurisprudence prétend à la consécration légale puisque l'article 1201 du projet de réforme du droit des obligations prévoit que « *Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait* ».

3/ De la libre disposition des dommages-intérêts versés à la victime

Crim. 2 juin 2015, pourvoi n° 14-95.130

Le droit de la responsabilité délictuelle issu de la loi, mis en œuvre par le juge, constitue une garantie importante d'indemnisation des préjudices de la victime d'un accident. Le principe de la réparation intégrale du préjudice constitue ainsi à la fois un objectif et un instrument de politique prétorienne. Le présent arrêt ne remet nullement en cause cette affirmation, mais interroge sur l'utilisation et la destination des fonds alloués à la victime en réparation de ses préjudices. Autrement dit, la victime indemnisée est-elle libre d'utiliser de la manière dont elle le souhaite les sommes qui lui ont été versées ?

En l'espèce, une personne est victime un accident de la circulation ; par suite, il subit une amputation. Le contentieux se cristallise autour des questions de l'indemnisation des préjudices futurs. L'assureur entend indemniser ces préjudices au fur et à mesure et ainsi garder le contrôle sur l'affectation des sommes allouées, tandis que la victime entend obtenir une capitalisation des frais futurs. Les juges du fond

font droit à l'assureur. La victime se pourvoit en cassation.

Censure de l'arrêt prononcée par la Cour de cassation sur le fondement de l'article 1382 du Code civil : « *le principe de réparation intégrale du préjudice n'implique pas de contrôle sur l'utilisation des fonds alloués par la victime qui en conserve la libre utilisation* ». La Haute juridiction rappelle donc un principe qu'elle a déjà posé dans une jurisprudence constante (V. notamment, Crim. 22 février 1995). La décision est heureuse pour la victime qui n'a pas à craindre un contrôle judiciaire *a posteriori*. Encore, la solution apparaît logique à la fois sous l'angle de l'article 1382 du Code civil, lequel se borne à poser le principe de la réparation et exiger de la victime la preuve de ses préjudices et leur évaluation, et sous l'angle de l'article 544 du Code civil, relatif au droit de propriété (celui de la victime sur les fonds alloués).

Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Enseignant de Droit privé

1/ Nécessité de reconnaître l'union civile pour les couples de même sexe

CEDH, 21 juillet 2015 Oliari et autres C/Italie

Les juges européens avaient été saisis par trois couples homosexuels italiens, qui se sont battus en vain devant les tribunaux de leur pays pour avoir le droit de se marier, ou à défaut pouvoir conclure une union civile, sous quelque forme que ce soit. Les couples homosexuels en Italie ont certes la possibilité de se faire enregistrer auprès de certaines municipalités, mais cette démarche revêt « *uniquement une valeur symbolique* » et ne leur confère aucun droit, relève la Cour. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la législation italienne actuelle ne leur permettait pas de répondre aux « *besoins essentiels relatifs à un couple engagé dans une relation stable* », une situation qui selon elle contrevient à leur droit à une vie privée et familiale. Dès lors, « *en l'absence d'un mariage, l'option d'une union*

civile ou d'un partenariat enregistré serait le moyen le plus adéquat pour les couples de même sexe (...) de voir leur relation reconnue légalement ». La Cour a en revanche débouté les requérants sous l'angle du « *droit au mariage* », en réaffirmant sa jurisprudence selon laquelle la Convention européenne des droits de l'Homme ne consacre pas le droit au mariage homosexuel. Au final, la Cour a considéré qu'une union civile, ou un partenariat enregistré, serait le moyen le plus approprié, pour des couples de même sexe comme les requérants, de voir leur relation reconnue légalement.

2/ Le refus de se soumettre à l'expertise biologique à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme
CEDH 25 juin 2015, req. n° 22037/13, Canonne c. France

Dans cette affaire, l'épouse du requérant donna naissance, en 1982, à une fille que le requérant ne reconnut pas. En 2008, cette dernière assigna le requérant en déclaration judiciaire de paternité. Le tribunal ordonna des tests ADN auxquels le requérant refusa de se soumettre. Face à ce refus et se fondant sur plusieurs éléments de preuve, le tribunal déclara la paternité du requérant. Ce dernier soutient d'une part que la procédure d'admission préalable des pourvois en cassation est incompatible avec le droit à un procès équitable. Il critique en particulier le défaut de motivation des décisions prises. Il se plaint également du fait que les juridictions internes ont omis de déclarer irrecevables des pièces produites par la partie adverse. Il soutient d'autre part une violation du droit au respect de sa vie privée du fait que les juridictions internes ont déduit sa paternité de son refus de se soumettre à l'expertise génétique qu'elles avaient ordonnée. Sur le premier point, de manière lapidaire, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle que la procédure d'admission préalable des pourvois en cassation est conforme à l'article 6 § 1 de la Convention. Sur le second point, la Cour rappelle que la Convention ne réglemente pas le régime des preuves en tant que tel. La Cour n'exclut pas, par principe, l'admissibilité d'une preuve recueillie sans respecter les prescriptions du droit national. Il revient aux juridictions internes

d'apprécier les éléments obtenus par elles, ainsi que leur pertinence. La tâche de la Cour consiste à rechercher si la procédure considérée dans son ensemble, y compris la manière dont la preuve a été administrée, a revêtu le caractère équitable voulu par l'article 6 § 1. Pour établir le lien de filiation, les juridictions françaises ne se sont pas fondées uniquement sur le seul refus du requérant de se soumettre à une expertise génétique. Ce refus était corroboré par des écrits et des déclarations de chacune des parties permettant d'établir la paternité. Au final, le refus n'est qu'un élément supplémentaire confortant les autres preuves.

3/ Divorce et ordre d'examen des demandes concurrentes des époux
Civ. 1re, 28 mai 2015, n° 14-10.868

Par l'arrêt en date du 28 mai 2015, la Cour de cassation devait se pencher sur deux questions : l'une classique, l'autre inédite.

En l'espèce, l'épouse avait sollicité une séparation de corps pour faute. De son côté, l'époux par une demande reconventionnelle demandait un divorce pour altération définitive du lien conjugal. Dans le cadre de son pourvoi en cassation, l'épouse reprochait aux juges du fond, d'une part d'avoir examiné en premier la demande reconventionnelle formée par l'époux et, d'autre part d'avoir apprécié la durée de la cessation de la communauté de vie à partir de la date de la demande reconventionnelle et non à compter de la demande en séparation de corps. La Cour de cassation rejette le pourvoi.

Premièrement, sur l'ordre des demandes, la Haute cour applique strictement l'article 297-1 du Code civil. Aux termes de ce dernier, « *lorsqu'une demande en divorce et une demande en séparation de corps sont concurremment présentées, le juge examine en premier lieu la demande en divorce* ». En conséquence, les juges du fond ont parfaitement appliqué cet article en se prononçant en premier sur la demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal. La primauté du divorce est ainsi préservée par la jurisprudence. Deuxièmement, il s'agissait de déterminer la date qu'il convient de prendre en compte pour apprécier la durée de la cessation de la communauté de vie dans le cadre d'un divorce pour altération définitive du lien conjugal. En

l'espèce, l'incertitude tenait à deux dates possibles : la date de l'assignation en séparation de corps ou celle de la demande reconventionnelle en divorce. La seule condition posée par l'article 238 du Code civil est la cessation de la vie commune depuis deux ans pour prononcer le divorce pour altération définitive du lien conjugal. La Cour de cassation retient pour déterminer le point de départ du délai de deux ans la date de la demande en divorce, ici la date de la demande reconventionnelle. La solution est conforme à l'esprit du dispositif, puisqu'une assignation en séparation de corps n'est pas une demande en divorce.

Droit patrimonial
Franck TOURET
Enseignant de Droit privé

1/ Indemnisation des plantations faites par un tiers

Civ. 3e, 13 mai 2015, n° 13-26.680

La Haute cour affirme que le droit à indemnisation n'est pas attaché à la propriété d'un fonds, mais à la personne qui a accompli l'acte de planter.

Dans le cadre de cette affaire, des consorts sont propriétaires d'une parcelle entourée de terrains appartenant à un groupement forestier. À la suite d'un bornage amiable entre les protagonistes, il ressort que des arbres avaient été plantés par les auteurs du groupement forestier sur le fonds des consorts. Ces derniers ont assigné le groupement forestier en réparation du préjudice causé par l'abattage des arbres et le passage d'engins d'exploitation dégradant leur terrain. Reconventionnellement, le groupement forestier a demandé, sur le fondement de l'article 555 du Code civil, le paiement d'une indemnité correspondant à la valeur des plantations subsistantes sur la parcelle contiguë.

Les juges du fond ont accueilli ces demandes et ordonné la compensation. La Cour de cassation casse partiellement l'arrêt d'appel au visa des

articles 551 et 555 du Code civil. Le droit à indemnisation du tiers évincé n'est pas attaché à la propriété d'un fonds, mais à la personne qui a accompli l'acte de planter.

Si la Cour de cassation est une nouvelle fois amenée à se pencher sur les conditions de l'article 555 du Code civil organisant les rapports entre le propriétaire du fonds et celui qui, avec ses matériaux, a construit ou planté sur un terrain ne lui appartenant pas, l'arrêt est particulier quant aux faits. Ici, les consorts avaient abattu certains arbres, mais conservé d'autres. Dès lors, en application de l'alinéa 2 de l'article 555 du Code civil, les consorts exigeaient le paiement des frais liés à l'abatage. À l'opposé, se fondant sur le 3^e de l'article 555 du Code civil, le groupement forestier sollicitait le paiement d'une indemnité correspondant à la valeur des plantations conservées.

En cas de plantation sur le terrain d'autrui, le demandeur à l'indemnisation n'est pas le propriétaire du terrain voisin, mais la personne ayant procédé aux plantations. S'il arrive en pratique que les deux qualités se recoupent, elles doivent être distinguées lorsque le planteur a vendu sa propriété, comme en l'espèce. L'acquéreur n'a donc aucun droit à indemnisation, ce qui confirme, une fois encore, que l'article 555 du Code civil concerne les rapports entre le propriétaire du sol et le seul constructeur ou planteur (Civ. 3^e, 30 nov. 1988, n° 87-12.387).

2/ Présomption de la propriété du sous-sol

Civ. 3e, 13 mai 2015, n° 13-27.342

Dans cette espèce, les consorts A sont propriétaires d'un immeuble édifié sur une parcelle. Dans le tréfonds de cette parcelle se trouve une cave accessible uniquement par le jardin voisin appartenant aux consorts R. Ces derniers l'ont acquis en 2007 de Monsieur B. Les consorts A considéraient que Monsieur B était titulaire d'un simple droit d'usage sur ladite cave, qui s'était éteint lors de la vente aux consorts R. Aussi, les consorts A ont assigné les consorts R et Monsieur B pour voir déclarer éteint le droit d'usage et constater l'occupation sans droit ni titre de la cave par les consorts R.

Les juges du fond, pour déterminer qui est propriétaire de la cave, se fondent sur des éléments de preuve notamment sur des titres.

Elle a ainsi décidé que les propriétaires voisins sont les propriétaires de la cave. En conséquence, les propriétaires de la parcelle sous laquelle se trouve la cave forment un pourvoi en cassation au motif que la cour d'appel s'est fondée sur des titres qui n'étaient ni celui des propriétaires voisins ni celui de leur auteur.

Rejetant le pourvoi, la Cour de cassation affirme que la présomption de la propriété du dessous n'est susceptible d'être combattue que par la preuve contraire résultant de la prescription acquisitive ou d'un titre quel qu'en soit l'auteur. En effet, la cour d'appel, qui a confronté les divers titres produits aux débats, en a souverainement déduit que les voisins étaient propriétaires de la cave litigieuse.

Aux termes de l'article 552 du Code civil, « *la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous* ». Néanmoins cette propriété du dessus et du dessous ne peut être étendue à l'infini et trouve certaines limites. Ainsi, le propriétaire du sol n'est pas nécessairement le propriétaire du sous-sol, comme le démontre l'arrêt du 13 mai 2015. Si la jurisprudence a fait de cet article une présomption légale mixte, elle peut être librement combattue. Toutefois, la preuve doit résulter soit de la prescription acquisitive (Civ. 3^e, 7 oct. 1998), soit d'un titre (Civ. 3^e, 12 juill. 2000). Or l'apport de l'arrêt est de préciser que la propriété peut être rapportée par titre, quel qu'en soit le titulaire, ne faisant ainsi que rappeler la jurisprudence (Civ. 3^e 2 juill. 1997, n° 95-20190).

Droit des affaires
Jacob BERREBI
Enseignant de Droit privé

1/ À la croisée des chemins du droit des obligations et du droit des sociétés
Com. 12 mai 2015, pourvoi n° 14-12.473

La théorie des vices du consentement joue une place cardinale dans la critique judiciaire des cessions de droits sociaux. Après avoir rappelé que la garantie conventionnelle ne fait pas

obstacle à l'action en nullité de la cession de droits sociaux fondée sur l'article 1116 du Code civil (Com. 3 février 2015, pourvoi n° 13-12.483, BMA 2015/16, p. 12), la Cour de cassation offre une nouvelle illustration du dol dans une cession de droits sociaux.

Les faits sont classiques : les cessionnaires de l'intégralité des droits sociaux d'une société agissent en nullité de la cession, sur le fondement de l'article 1116, après placement de cette société en liquidation judiciaire, arguant que les cédants ne les avaient pas informés de la véritable situation financière de la société. Les juges du fond avaient accueilli leur demande en application d'une jurisprudence désormais bien établie de la Cour de cassation (Com. 29 octobre 2003).

Et la Cour régulatrice de rejeter le pourvoi formé par les cédants contre l'arrêt d'appel : d'une part, les juges du droit relèvent que l'erreur du cessionnaire sur la valeur des titres sociaux, dès lors qu'elle a été provoquée par une manœuvre du cédant, peut justifier l'annulation. Se trouve ainsi rappelé que le champ du dol de l'article 1116 du Code civil, qui dépasse celui de l'erreur de l'article 1110 du Code civil. D'autre part, les hauts conseillers reprennent les constatations des juges du fond pour établir la réticence dolosive et le caractère intentionnel du dol : l'un des cédants, dirigeant social, ne pouvait ignorer la baisse de l'activité, l'impact sur la valeur des droits cédés et donc la perte de rentabilité économique de la société. Il s'est abstenu de fournir ces informations aux cessionnaires, qui ne les connaissaient pas par ailleurs. Par conséquent, la dissimulation de ces informations ne pouvait être qu'intentionnelle.

2/ La contrariété à l'intérêt social constitue-t-elle une cause de nullité de l'engagement pris par une SARL ?
Com. 12 mai 2015, pourvoi n°13-28.504 et 14-11.028

En vertu de l'article L. 223-18 du Code de commerce, le gérant engage la SARL même par les actes qui dépassent son objet social, à moins que la société ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances. *Quid* en cas de contrariété à l'intérêt social ?

En l'espèce, une SARL consent une garantie hypothécaire au créancier d'une société appartenant au même groupe qu'elle. La contrariété à l'intérêt social de cet engagement établi (absence de contrepartie), peut-on en rechercher la nullité ?

Les conseillers d'appel semblaient le penser, sans doute inspirés par la solution qui domine en matière de sociétés civiles (Com. 8 novembre 2011). Telle n'est pas la position de la Cour régulatrice s'agissant de la SARL : « *serait-elle établie, la contrariété à l'intérêt social ne constitue pas, par elle-même, une cause de nullité des engagements souscrits par le gérant d'une société à responsabilité limitée à l'égard des tiers* ». La solution est heureuse en ce sens où elle protège les tiers qui n'ont pas à craindre un trop facile dédit d'une société qui ne trouverait pas son compte dans un engagement passé par son dirigeant. Les juges considèrent sans doute que les associés sont suffisamment protégés par l'écran social et la responsabilité limitée qui caractérise ces sociétés.

3/ Une indicible avancée en matière de responsabilité des dirigeants sociaux Civ. 1^{ère}, 3 juin 2015, pourvoi n°14-14.144

Depuis plus de dix ans, il existe une incertitude sur les conditions d'engagement de la responsabilité civile personnelle d'un dirigeant social à l'égard des tiers, lorsque le dirigeant a commis une infraction pénale. Est-il nécessaire de démontrer l'existence d'une faute séparable des fonctions, c'est-à-dire d'une faute intentionnelle d'une particulière gravité et incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales (Com. 20 mai 2003, *Seusse*) ? Alors que la troisième chambre civile de la Cour de cassation maintient une telle exigence même en cas de commission d'une infraction pénale par le dirigeant (Civ. 3^{ème}, 18 juin 2003 ; Civ. 3^{ème}, 4 janvier 2006), la chambre criminelle écarte cette exigence (Crim. 7 septembre 2004). Face à cette opposition, la chambre commerciale a, à plusieurs reprises, tenté d'adopter une position de conciliation en décidant que « *le gérant d'une société à responsabilité limitée qui commet une faute constitutive d'une infraction pénale intentionnelle, séparable comme telle de ses fonctions sociales, engage sa responsabilité civile à l'égard des tiers à qui cette faute a porté*

préjudice » (Com. 28 septembre 2010 ; Com. 9 décembre 2014).

Cette position moyenne semble désormais avoir convaincu au moins la première chambre civile de la Haute juridiction qui décide dans le présent arrêt que le gérant de SARL qui commet des actes de contrefaçon de manière délibérée commet une faute séparable des fonctions et donc engage sa responsabilité personnelle. Il s'agirait donc de faire une distinction : si l'infraction pénale est intentionnelle, la faute séparable des fonctions est nécessairement caractérisée et les tiers peuvent engager la responsabilité personnelle du dirigeant fautif ; en l'absence d'infraction pénale ou en cas d'infraction pénale non intentionnelle, la faute séparable des fonctions doit être démontrée au travers de ses trois conditions classiques.

Procédure civile
Franck TOURET
Enseignant de Droit privé

1/ Autorité de la chose jugée et négligence d'accomplir une diligence Civ. 1^{re}, 25 juin 2015, n° 14-17.504

Par cet arrêt, la Cour de cassation affirme que le caractère nouveau de l'événement permettant d'écarter la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée ne peut résulter de ce que la partie qui l'invoque avait négligé d'accomplir une diligence en temps utile.

Concrètement, une créance était détenue au titre du compte courant d'associé d'une société. Une action en responsabilité est engagée par le cédant à l'encontre de l'avocat ayant rédigé l'acte de cession. Par un jugement irrévocable, le cédant a été débouté. En effet, si l'avocat avait commis une faute dans son obligation de conseil en omettant de s'assurer que le remboursement de la créance était assorti d'une garantie, le cédant ne démontrait pas qu'il avait été placé dans l'impossibilité d'être payé par son véritable débiteur. La seule démarche dont pouvait se prévaloir le cédant était la délivrance d'une sommation à l'adresse de son débiteur. Aucune

procédure en vue d'obtenir un titre exécutoire à l'encontre du débiteur n'avait été introduite. Puis le cédant a assigné en paiement le cessionnaire, qui fut condamné par le tribunal de grande instance à lui verser une somme. Dès lors, le cédant a de nouveau assigné l'avocat, qui a soulevé une fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée. La cour d'appel a considéré la demande du cédant irrecevable.

Au soutien de son pourvoi, le cédant prétend que l'autorité de la chose jugée ne peut être opposée lorsque des événements postérieurs, en l'occurrence le jugement à l'encontre du débiteur, sont venus modifier la situation antérieurement reconnue en justice. Néanmoins, la Cour de cassation rejette cet argument en affirmant que le caractère nouveau de l'événement permettant d'écarter la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée ne peut résulter de ce que la partie qui l'invoque avait négligé d'accomplir une diligence en temps utile. Or, en l'occurrence, la Cour relève que le cédant n'ayant agi en paiement contre le cessionnaire que postérieurement à la première action qu'il avait engagée contre l'avocat rédacteur de l'acte. Dès lors c'est sans méconnaître l'autorité de chose jugée attachée au premier jugement que la cour d'appel, après avoir constaté qu'il avait été statué par cette décision sur l'absence de preuve d'un préjudice, a retenu que la nouvelle action formée se heurtait à l'autorité de la chose déjà jugée.

Si l'arrêt réaffirme que l'autorité de la chose jugée ne peut être opposée, lorsque des événements postérieurs sont venus modifier la situation antérieurement reconnue en justice (Civ. 1^{re}, 16 avr. 2015, n° 14-13280, BMA 2015/17, p. 22), cette solution n'est pas sans limites. En effet, la nouveauté du fait ne doit pas reposer sur la négligence de la partie qui l'invoque. Or justement ici, le cédant avait négligé d'agir contre le débiteur. La solution peut sembler sévère, mais elle n'en est pas moins justifiée par la volonté de sanctionner l'inaction du créancier.

2/ Compétence du juge de proximité en matière immobilière

Civ. 3e, 10 juin 2015, n° 14-19.218

La Haute cour affirme que la demande d'annulation d'une décision d'assemblée

générale ne relève pas de la compétence exclusive du tribunal de grande instance, en l'absence d'un moyen de défense impliquant l'examen d'une question de nature immobilière pétitoire ou possessoire.

En l'espèce, afin de faire échec à la demande d'un syndicat de copropriétaires en paiement d'un arriéré de charges, des copropriétaires soulèvent, devant une juridiction de proximité, la nullité de certaines délibérations d'assemblées générales. Néanmoins, la juridiction de proximité saisie relève son incompetence au profit du tribunal de grande instance. Selon elle, toute juridiction saisie d'une demande de sa compétence connaît de tous les moyens de défense à l'exception de ceux qui soulèvent une question relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction. Dès lors la demande d'annulation des délibérations des assemblées générales de la copropriété est de la compétence exclusive du tribunal de grande instance.

Ce jugement est cassé, au visa de l'article R. 231-5 du Code de l'organisation judiciaire, aux termes duquel « *la juridiction de proximité connaît des demandes incidentes ou moyens de défense qui ne soulèvent pas une question relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction. Toutefois, si le moyen de défense implique l'examen d'une question de nature immobilière pétitoire ou possessoire, la juridiction de proximité doit relever son incompetence au profit du tribunal de grande instance.* » Ainsi, la demande d'annulation d'une décision d'assemblée générale ne relève pas de la compétence exclusive du tribunal de grande instance en l'absence d'un moyen de défense impliquant l'examen d'une question de nature immobilière pétitoire ou possessoire. Par conséquent, elle relève de la compétence du juge de proximité.

3/ Interruption de l'instance et délai pour conclure en appel

Civ. 2e, 4 juin 2015, n° 13-27.218

La difficulté trouvait son origine dans la disparition des avoués par la loi du 25 janvier 2011 portant réforme de la représentation devant les cours d'appel. En effet, à la suite de la déclaration d'appel en date du 4 novembre 2011, l'appelant avant eu recours à un avoué

dont les fonctions avaient cessé le 31 décembre 2011, un avocat avait dû se constituer le 12 janvier 2012, qui a déposé ses conclusions le 5 avril 2012.

Les juges du fond avaient considéré ces dernières conclusions comme tardives et par conséquent prononcé la caducité de la déclaration d'appel. Ils se sont fondés sur l'article 369 du Code de procédure civile, qui affirme que l'instance est interrompue par la cessation de fonctions de l'avocat. Or en l'espèce, l'instance avait été interrompue entre le 31 décembre 2011 et le 12 janvier 2012. Ainsi, un mois et vingt-sept jours s'étaient écoulés entre la déclaration d'appel et l'interruption de l'instance, l'appelante ne disposait plus, à la reprise d'instance le 12 janvier 2012, que d'un mois et quatre jours pour conclure sur le délai de trois mois imparti à cette fin par l'article 908 du Code de procédure civile. En conséquence, les conclusions déposées et notifiées le 5 avril 2012 ne pouvaient qu'être considérées comme tardives. Néanmoins, revenant à plus de rigueur, la Cour de cassation censure les juges du fond en affirmant que « *l'interruption de l'instance emporte celle du délai imparti pour conclure et fait courir un nouveau délai à compter de la reprise d'instance* ». Autrement dit, l'instance reprend son cours en l'état où elle se trouvait au moment où elle a été interrompue. L'arrêt permet donc de revenir sur la distinction classique entre interruption et suspension. Pour rappel, l'interruption arrête le cours du délai et anéantit rétroactivement le temps déjà accompli, de telle sorte que si, après l'incident, la prescription recommence à courir, il ne sera pas possible de tenir compte du temps déjà écoulé. En d'autres termes, un nouveau délai courra de même durée que l'ancien. À l'inverse, la suspension arrête le cours du délai sans anéantir rétroactivement le temps déjà accompli, de telle sorte que si, après l'incident, la prescription recommence à courir, il sera possible de tenir compte du temps déjà écoulé.

4/ Inapplicabilité de l'article 2239 du Code civil au délai de forclusion

Civ. 3^e, 3 juin 2015, n° 14-15796

La réforme de la prescription en matière civile, intervenue le 17 juin 2008, instaurant l'article 2239 du Code civil précise que « *la*

prescription est également suspendue lorsque le juge fait droit à une demande de mesure d'instruction présentée avant tout procès ». La Cour de cassation devait préciser le champ d'application de ce texte. En effet, fallait-il restreindre ce texte aux seuls délais de prescription ou l'étendre aux délais de forclusion ?

En l'espèce, dans l'année suivant la vente d'un appartement en l'état futur d'achèvement, une société civile immobilière est assignée par l'acquéreur en référé expertise en date du 6 décembre 2008. Une ordonnance, en date du 7 avril 2009, désigne l'expert qui rend son rapport le 18 janvier 2010. Enfin, l'acquéreur introduit une action en indemnisation le 10 décembre 2010.

Les juges du fond ont déclaré l'action forclosée en raison de l'expiration du délai d'un an de la garantie des vices apparents, dont le vendeur d'immeuble à construire est tenu en vertu de l'article 1642-1 du Code civil. L'acquéreur forme donc un pourvoi en cassation. Il soutient que la prescription a été suspendue et qu'une nouvelle prescription a recommencé à courir à compter du dépôt de l'expertise. La Cour de cassation rejetant le pourvoi affirme que « *la suspension de la prescription prévue par l'article 2239 du Code civil n'est pas applicable au délai de forclusion* ». L'article 2239 du Code civil ne concerne donc pas les délais de forclusion, comme la forclusion annale relative au vendeur d'immeuble en l'état futur d'achèvement (art. 1648 al. 2 C. civ.). La Cour de cassation fait une application littérale des dispositions issues de la loi du 17 juin 2008. En effet, il résulte des termes de l'article 2220 du Code civil que les délais de forclusion ne sont pas concernés par le régime de la prescription, « *sauf dispositions contraires prévues par la loi* ». L'article 2239 ne contenant, à l'inverse de l'article 2241, aucune disposition dérogatoire suggérant son application aux délais de forclusion, son domaine est limité aux délais de prescription. Dès lors, la désignation d'un expert n'a pas suspendu le délai d'un an de l'article 1642-1 du Code civil, et l'acquéreur qui n'a assigné au fond que le 10 décembre 2010, soit plus d'un an après la désignation de l'expert suivant l'ordonnance du 7 avril 2009, s'est trouvé forclos en son action.

Procédure pénale
Morgane WERNER
Juriste

1/ Un rappel récent des causes d'interruption de la prescription de l'action publique
Crim. 24 juin 2015 n° 13-87 972.

L'action publique, qui permet d'assurer la répression des infractions pénales, est enfermée dans des délais définis par la loi. Pour assurer un équilibre entre répression et droit à l'oubli, la prescription tombe comme un couperet interdisant la poursuite et la répression d'une infraction jugée trop ancienne. Pourtant, le cours du temps peut être modulé en procédure pénale, suspendu ou interrompu au gré des événements identifiés par les textes. C'est précisément l'objet de l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 24 juin 2015.

Les faits de l'espèce sont simples : un individu est poursuivi et condamné pour des faits de violences volontaires aggravées et menaces de mort réitérées. Il interjette appel du jugement du Tribunal correctionnel et devant la Cour d'appel, soulève notamment la prescription de l'action publique. En effet, le prévenu a été convoqué devant le Tribunal correctionnel plus de trois ans après la fin de l'enquête. Cependant un soit-transmis émanant du procureur de la République et visant à la localisation du prévenu a été émis avant l'écoulement du délai de prescription de l'action publique. Les juges d'appel ont considéré que ce soit-transmis était interruptif de la prescription.

Les juges du droit reprennent à leur compte le raisonnement des conseillers d'appel et rejettent le pourvoi, considérant que la Cour d'appel a parfaitement justifié sa décision.

En effet, l'article 8 du Code de procédure pénale, applicable à la prescription de l'action publique en matière délictuelle, renvoie à l'article 7 du même Code, lequel dispose que le délai de prescription est interrompu par les actes d'instruction ou de poursuite. La jurisprudence a par la suite affiné la définition de l'acte de poursuite ou d'instruction, notamment dans un

arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 20 février 2002, dans la tristement célèbre affaire des disparues de l'Yonne.

L'arrêt du 24 juin 2015 est l'occasion pour la Cour de cassation de rappeler une jurisprudence bien établie et donner un exemple supplémentaire d'acte interrompant la prescription. Ainsi, les actes de poursuite et d'instruction se définissent traditionnellement comme « *les actes qui ont pour objet de constater une infraction, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs* ». En l'espèce, le soit – transmis du procureur de la République visait à rechercher l'adresse du prévenu pour lui remettre une convocation en justice, plus précisément à une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Les juges du droit n'ont pas été convaincus par le moyen du pourvoi qui tendait à démontrer que cet acte n'était pas un acte de poursuite puisque l'infraction était déjà bel et bien constatée et l'auteur déjà identifié. Au surplus, le requérant faisait valoir que les informations recueillies dans le cadre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ne pouvaient pas être utilisées dans le cadre d'une procédure devant le Tribunal correctionnel. Les juges du droit considèrent au contraire que « *les instructions données par le procureur de la République à l'effet de procéder à des recherches pour découvrir l'adresse du prévenu en vue de sa comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, constituent un acte tendant à la poursuite des infractions à la loi pénale* ».

2/ Précisions temporelles autour des interceptions de communications
Crim. 8 juillet 2015 n° 14-88 457.

Avec le développement constant des nouvelles technologies de communication, la procédure pénale qui prévoit, sous conditions, l'interception, l'enregistrement et la retranscription des télécommunications doit s'adapter continuellement. C'est dans ce cadre qu'a été rendu l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 8 juillet 2015.

Après la révélation de faits constitutifs de fraude par l'utilisation de cartes bancaires contrefaites, une information judiciaire est ouverte à l'encontre d'une personne détenue. Les dates

ont leur importance en l'espèce, aussi convient-il de préciser que l'information est ouverte le 8 mars 2013. Quelques jours plus tard, le 11 mars 2013, le juge d'instruction délivre une commission rogatoire aux enquêteurs visant à l'interception, l'enregistrement et la retranscription des messages électroniques émis et reçus par le suspect. Si les enquêteurs ont effectivement pris connaissance et retranscrit l'ensemble des données échangées à compter de la commission rogatoire, ils se sont également saisis des messages plus anciens archivés dans la boîte mail de la personne suspectée.

Devant la Chambre de l'instruction, le mis en cause soulève la nullité des « saisies » de ces données, arguant que les enquêteurs ont outrepassé les limites de la commission rogatoire dans le cadre de laquelle ils ont agi.

La Chambre de l'instruction se livre à un raisonnement en plusieurs temps. En l'absence de texte spécifique aux courriers électroniques, elle définit ce type de communication comme des correspondances pour en déduire que les dispositions des articles 100 à 100-5 du Code de procédure pénale leur sont applicables. Pour rejeter la requête en nullité, la Chambre de l'instruction considère que la notion d'interception vise non seulement les échanges en cours, mais permet aussi l'appréhension de ce qui a été envoyé à quelqu'un dans le passé. Les juges soulignent en outre que les messages n'ont pas été effacés par le suspect.

Le suspect se pourvoit en conséquence en cassation contre l'arrêt de la Chambre de l'instruction et développe deux moyens distincts qui emporteront la conviction des juges du droit qui cassent l'arrêt de la Chambre de l'instruction. Le requérant fait valoir que l'interception n'est possible que pour les messages émis et reçus à compter de la délivrance de la commission rogatoire et ne saurait permettre de capter les conversations antérieures. Il relève également qu'une telle mesure est constitutive d'une atteinte au droit au respect de la vie privée et qu'elle doit en conséquence se fonder sur des dispositions précises et accessibles, ce qui n'est pas le cas des articles 100 et suivants du Code de procédure pénale qui ne visent pas expressément les communications électroniques.

Les hauts conseillers, au visa des articles 100 à 100-5 du Code de procédure pénale, censurent le raisonnement de la Chambre de l'instruction. Ils considèrent en effet que « *que n'entrent pas dans les prévisions de ces textes l'appréhension, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises ou reçues par la voie des télécommunications antérieurement à la date de la décision écrite d'interception prise par le juge d'instruction, lesquels doivent être réalisés conformément aux dispositions légales relatives aux perquisitions* ».

Ce faisant la Cour de cassation encadre temporellement les interceptions de communications prévues aux articles 100 et suivants du Code de procédure pénale. Elles ne peuvent avoir lieu qu'à compter de la délivrance de la commission rogatoire. Les communications antérieures ne peuvent être appréhendées que conformément aux dispositions encadrant les perquisitions.

3/ Adoption définitive de la loi relative au renseignement : Suis-je réellement sur écoute ? Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

Au terme d'une véritable saga législative et constitutionnelle qui a déjà fait couler beaucoup d'encre, la loi relative au renseignement a été publiée au Journal officiel en cette fin de mois de juillet. L'entrée en vigueur de la loi se fera néanmoins en deux temps, si une partie des dispositions est entrée en vigueur le 27 juillet 2015, le lendemain de la publication du texte au Journal Officiel, l'entrée en vigueur des autres dispositions est soumise à la mise en place de l'autorité administrative indépendante créée : la Commission Nationale de Contrôle des Techniques de Renseignement (CNCTR).

Très critiquée comme attentatoire aux droits et libertés fondamentaux, la loi sur le renseignement a été à l'origine d'un mouvement de protestation, appelé « Je suis sur écoute ». Qu'en est-il en réalité ? Quelles sont les mesures prévues par le texte ?

Il importe tout d'abord de préciser le contexte dans lequel ce texte a été élaboré et présenté par le Premier ministre. En effet, suite aux attentats de janvier la menace terroriste se fait de plus en plus prégnante et il importe de consolider les outils à la disposition des

différents acteurs de la lutte contre le terrorisme. C'est notamment le cas des services de renseignements français, dont les activités n'étaient jusqu'alors pas complètement encadrées par un dispositif légal. La présente loi s'assigne donc un double objectif, qui peut paraître paradoxal. D'une part, le texte vise à encadrer les actions des services de renseignements dans le but d'assurer tant la protection des intérêts fondamentaux de la nation que des citoyens, d'autre part il vise à renforcer la protection des droits et libertés fondamentaux. S'il paraît paradoxal, ce second objectif découle au contraire logiquement du premier. Le cadre légal fourni par le texte est source de sécurité juridique et assure en conséquence la protection des libertés fondamentales, notamment du droit au respect de la vie privée, point central de la contestation. La loi prévoit de nombreuses modifications des textes existants, dont certaines ne sont que mineures quand d'autres sont plus fondamentales. Au rang de ce que l'on peut qualifier de « petites modifications », il faut citer la modification des dispositions du Code pénal applicables aux atteintes au système de traitement automatisé des données. De même, le texte crée, en matière de coopération internationale un article 694-4-1 dans le Code de procédure pénale, lequel dispose que *« Si une demande d'entraide émanant d'une autorité judiciaire étrangère concerne des faits commis hors du territoire national susceptibles d'être en lien avec les missions réalisées, aux fins de la défense et de la promotion des intérêts fondamentaux de la Nation prévus à l'article L. 811-3 du code de la sécurité intérieure, par un service spécialisé de renseignement prévu à l'article L. 811-2 du même code, le procureur de la République saisi de cette demande, ou avisé en application de l'article 694-1 du présent code, la transmet au procureur général qui en saisit le ministre de la Justice, et informe, le cas échéant, le juge d'instruction de cette transmission. Le ministre de la Justice en informe le ministre dont relève le service spécialisé de renseignement concerné et recueille son avis. Dans le délai d'un mois, ce dernier fait connaître au ministre de la Justice si l'exécution de la demande d'entraide est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation.*

Le ministre de la Justice informe, s'il y a lieu, l'autorité requérante de ce qu'il ne peut être donné suite, totalement ou partiellement, à sa demande. Cette décision est notifiée à l'autorité judiciaire initialement saisie et fait obstacle à l'exécution de la demande d'entraide ou au retour des pièces d'exécution. ».

Enfin, le texte prévoit la création d'un fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions terroristes (Articles 706-25-3 à 706-25-14 du Code de procédure pénale).

Les modifications plus fondamentales concernent le Code de la sécurité intérieure qui se trouve profondément remodelé par la présente loi. Le texte prévoit principalement la transposition des techniques utilisables en procédure pénale à la prévention des atteintes particulièrement graves à l'intégrité de la nation, du territoire et du terrorisme. Ainsi, il sera possible, avant même la commission d'une infraction de mettre en œuvre des procédés comme la géo localisation, l'interception des communications, la sonorisation et la captation d'images dans les lieux privés, la consultation et l'utilisation des données des opérateurs téléphoniques.

Assurément, l'utilisation de ces techniques à l'encontre de personnes qui n'ont pas commis d'infraction pénale porte une atteinte grave au droit au respect de la vie privée. C'est pourquoi le législateur a pris le soin d'encadrer le recours à ces techniques à plusieurs titres. Ainsi, ces mesures sont encadrées matériellement et temporellement et ne peuvent être mises en œuvre qu'après le respect d'une procédure définie par le texte. Ces procédés ne peuvent être mis en œuvre que pour arriver à l'une des finalités visée à l'article L811-3 du Code de la sécurité intérieure à savoir : la protection de : «

1. *L'indépendance nationale, l'intégrité du territoire et la défense nationale ;*
2. *Les intérêts majeurs de la politique étrangère, l'exécution des engagements européens et internationaux de la France et la prévention de toute forme d'ingérence étrangère ;*
3. *Les intérêts économiques, industriels et scientifiques majeurs de la France ;*
4. *La prévention du terrorisme ;*
5. *La prévention :*

- a) *Des atteintes à la forme républicaine des institutions ;*
 - b) *Des actions tendant au maintien ou à la reconstitution de groupements dissous en application de l'article L. 212-1*
 - c) *Des violences collectives de nature à porter gravement atteinte à la paix publique ;*
6. *La prévention de la criminalité et de la délinquance organisées ;*
7. *La prévention de la prolifération des armes de destruction massive ».*

Ensuite, les mesures ne peuvent être mises en œuvre que pendant une durée limitée, de même que les éléments collectés seront selon leur nature conservés pendant un temps déterminé par le texte.

La procédure d'autorisation de recours à ces techniques est également prévue par le texte. C'est le ministre concerné qui doit formuler une demande d'autorisation adressée au Premier ministre. Celui-ci se décide après avoir recueilli l'avis de la Commission Nationale de Contrôle des Techniques de Renseignements. Cette commission est composée, en application de l'article L831-1 du Code de la sécurité intérieure, de neuf membres, à savoir :

1. *Deux députés et deux sénateurs, désignés, respectivement, pour la durée de la législature par l'Assemblée nationale et pour la durée de leur mandat par le Sénat, de manière à assurer une représentation pluraliste du Parlement ;*
2. *Deux membres du Conseil d'État, d'un grade au moins égal à celui de conseiller d'État, nommés par le vice-président du Conseil d'État ;*
3. *Deux magistrats hors hiérarchie de la Cour de cassation, nommés conjointement par le premier président et par le procureur général de la Cour de cassation ;*
4. *Une personnalité qualifiée pour sa connaissance en matière de communications électroniques, nommée sur proposition du président de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes.*

L'ensemble de la procédure est soumis au contrôle juridictionnel du Conseil d'État.

Par ailleurs, le législateur a également prévu des procédures dérogatoires réservées à la protection de certaines finalités, à savoir la protection de l'indépendance de la Nation, de l'intégrité du territoire et la défense nationale ; la prévention du terrorisme et des atteintes à la forme républicaine des institutions. Pour la protection de ces seules finalités et en cas d'urgence absolue, le Premier ministre peut autoriser le recours à l'une des techniques précitées sans avis préalable de la CNCTR.

Plus encore, le législateur avait prévu une procédure où le recours à ces techniques pourrait se faire sans avis de la Commission ni autorisation du Premier ministre. Cette disposition fait partie de celles censurées par le Conseil constitutionnel comme portant une atteinte disproportionnée aux droits et libertés fondamentaux.

En effet, le texte a été soumis au contrôle du Conseil constitutionnel suite à la triple saisine par le Président de la République, le Président du Sénat et soixante parlementaires. Conformément à sa mission, le Conseil constitutionnel vérifie la conformité du texte aux droits et libertés fondamentaux, notamment au droit au respect de la vie privée, au droit au recours effectif et à la liberté de communication. Les Sages se sont livrés à un examen approfondi du texte, comme le révèlent les 19 pages de la décision.

Pour l'essentiel, le texte est déclaré conforme à la Constitution. Seules trois dispositions sont retoquées par le Conseil constitutionnel. Il s'agit tout d'abord de la procédure dérogatoire citée plus haut. Il s'agit ensuite d'un article L854-1 du Code de la sécurité intérieure relatif à la coopération internationale en matière de terrorisme. Le législateur n'a pas prévu, contrairement aux autres dispositions du texte, les modalités d'exercice de la disposition, laissant à un décret en Conseil d'État le soin de le faire. Or la fixation de telles modalités relève de la compétence du législateur qui en s'abstenant de les prévoir a méconnu l'étendue de sa compétence. Enfin, la dernière disposition

censurée a trait au budget de la nouvelle autorité administrative indépendante, lequel ne peut relever que d'une loi de finances.

Ainsi, les nouvelles dispositions en matière de renseignement apparaissent comme suffisamment protectrices des droits et libertés fondamentaux. Si des pouvoirs importants sont octroyés aux services compétents en la matière, ils sont encadrés de manière à concilier les différents objectifs de la loi. Reste toutefois à attendre, la mise en œuvre effective de ces nouvelles dispositions, une fois la Commission Nationale de Contrôle des Techniques de Renseignement mise en place.

Droit pénal
Adeline BARAT
Juriste

1/ L'obsolescence programmée désormais incriminée et sanctionnée par la loi : un coup pour rien ?

Projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte.

On a tous pu constater cette technique relativement discrète et pratiquée par la plupart des distributeurs dans les secteurs de l'électroménager, de la téléphonie mobile et de l'informatique consistant à limiter volontairement la durée de vie de leurs produits afin d'inciter à la consommation. Pour autant, elle n'a jamais véritablement fait l'objet d'une appréhension par le droit si ce n'est de manière indirecte par le droit de l'environnement dans le cadre de différentes directives européennes. Rares sont les propositions faites pour mettre un terme à pareilles techniques et celles émises n'ont pas l'écho souhaité, telle en témoigne la proposition émise par le sénateur M. Jean Vincent Placé restée quasi lettre morte dans le corps de la loi Hamon du 17 mars 2014.

On doit sans doute alors se réjouir que le projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, définitivement adopté par l'Assemblée nationale le 22 juillet 2015, soit

venu ériger en infraction pareille pratique ! En effet, l'article 99 dudit projet de loi tel qu'adopté dans sa version définitive prévoit l'ajout d'un article L. 213-4-1 au sein du Code de la consommation venant incriminer l'obsolescence programmée.

Ce nouvel article vient dans un premier temps définir l'obsolescence programmée comme « *l'ensemble des techniques par lesquelles un metteur sur le marché vise à réduire délibérément la durée de vie d'un produit pour en augmenter le taux de remplacement.* ». Dans un second temps, il vient assortir cette pratique délictueuse d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende tout en prenant le soin de préciser que le montant de l'amende pourra être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits.

Or, il semble ne pas falloir se réjouir si vite...

Tout d'abord, il est à noter que le projet de loi adopté en première lecture par l'Assemblée nationale donnait une définition beaucoup plus précise de l'obsolescence programmée en ne visant pas seulement la durée de vie d'un produit, mais aussi son utilisation potentielle et prenait le soin de préciser certaines des techniques visées (« Ces techniques peuvent notamment inclure l'introduction volontaire d'une défectuosité, d'une fragilité, d'un arrêt programmé ou prématuré, d'une limitation technique, d'une impossibilité de réparer ou d'une non-compatibilité. »). Il apparaît difficile à affirmer qu'une incrimination aussi générale, telle qu'adoptée en dernière lecture, respecte les corollaires du principe de légalité des délits et des peines, à savoir l'exigence de clarté et de prévisibilité de la loi, mais aussi de précision permettant l'application stricte de la loi pénale par le juge et résiste à une possible censure future du Conseil constitutionnel. Pour le moment, si le projet de loi fait déjà l'objet d'une double saisine du Conseil constitutionnel (celle des sénateurs qui par la voie d'un vice de procédure vise à l'invalidation du texte et celle des députés qui, plus classiquement, liste un certain nombre d'articles estimés inconstitutionnels), l'incrimination de l'obsolescence programmée n'est pas visée. Pour

autant, rien n'interdit d'imaginer sur ce point une saisine ultérieure du Conseil constitutionnel par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité.

Ensuite, en l'état du texte d'incrimination, il conviendra de pouvoir reprocher aux constructeurs les différents éléments constitutifs de l'infraction. Là encore, force est de constater que ce ne sera pas chose aisée !

D'un côté, l'élément matériel semble se décomposer en deux conditions, à savoir : une durée de vie du produit raccourcie et l'existence d'une technique mise en œuvre pour y procéder. Si pareils éléments de preuve n'apparaissent pas impossibles à rapporter cela ne sera pour autant chose évidente d'y procéder. En effet, pour déterminer une durée de vie du produit raccourcie encore faut-il parvenir à déterminer qu'elle aurait dû être la durée de vie théorique (normale) de ce dernier. En outre, si dans certaines hypothèses la preuve d'une technique mise en œuvre pour réduire la durée de vie du produit sera facile à rapporter dans d'autres elle sera quasi-impossible tant les avatars des techniques d'obsolescence programmée sont nombreux et parfois difficiles à déceler (exemple : l'obsolescence esthétique).

D'un autre, l'élément intentionnel consiste dans l'aspect volontaire de cette limitation de durée de vie. Là encore, pareil élément de preuve apparaît dans la plupart des situations délicates voire impossible à rapporter.

Enfin, il semble évident qu'en sus de ces éléments constitutifs, l'usage fait du produit et la gamme à laquelle appartient celui-ci seront des éléments qui entreront en ligne de compte dans l'appréciation faite par le juge.

En résumé, cette nouvelle incrimination apparaît davantage comme un signal envoyé au marché qu'une réelle menace à l'encontre des distributeurs usant de ce genre de technique.

2/ Vers une reconnaissance de la discrimination en raison de la précarité sociale ?

Proposition de loi visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale.

« *La pauvreté n'est pas un crime, c'est un scandale !* ». Par ces termes, un réseau européen d'associations d'aide aux sans-abri lançait sa campagne publicitaire dans l'optique de

dénoncer une tendance relativement récente visant à exclure la pauvreté visible des espaces publics ! Ce scandale de plus en plus prégnant de « racisme anti-pauvre » n'a pas laissé de marbre nos représentants politiques, tel en témoigne la proposition de loi visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale adoptée en première lecture par le Sénat le 18 juin 2015.

Tout d'abord, un bref état des lieux sur l'état de notre législation en matière de discrimination s'impose.

L'article 225-1 alinéa 1 du Code pénal dispose que : « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.* » Une deuxième forme de discrimination se trouve à l'alinéa 2 du même texte relatif aux personnes morales. A l'évidence, la condition sociale ne figure pas parmi les critères sur lesquels peut se fonder une discrimination. Pour autant la notion de vulnérabilité utilisée par le Code pénal semble dans certains cas refléter l'idée d'un statut social marqué par la précarité économique des personnes nécessitant une protection juridique renforcée. C'est notamment le cas de l'article 225-13 du Code pénal qui incrimine le fait d'obtenir d'une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli et le réprime d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende. Sans prétendre à l'exhaustivité on peut encore citer l'article 222-13 inséré dans ledit Code par la loi du 6 juillet 2012 relative au harcèlement sexuel qui évoque dans son III la vulnérabilité économique et sociale de la victime et l'érige en circonstance aggravante.

En l'état, la reconnaissance et la sanction de la discrimination fondée sur la vulnérabilité résultant de la situation économique semblaient dès lors s'imposer compte tenu du vide législatif sur ce point et de la montée en puissance de pratiques sociales régulièrement pointées du doigt comme discriminatoires par la HALDE dans un premier temps puis par le Défenseur des droits. D'autant plus que la discrimination est à la fois une cause et une conséquence de la pauvreté et pour preuve, ce lien conceptuel entre pauvreté et discrimination a été mis en évidence dans les principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme adoptés en 2012 par les Nations Unies.

Il convient dès lors de s'attacher à l'élargissement de la liste des discriminations illicites opéré par ce projet de loi. Celui-ci propose ainsi de rajouter aux 21 critères existants de l'article 225-1 alinéa 1 précité les termes « *de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur* », de même pour l'alinéa 2 dudit texte afférent aux personnes morales. Les dispositions de l'article L1132-1 du Code du travail relatif aux discriminations pouvant être commises dans le monde du travail et la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations se verront aussi complétées. Enfin, le Code du travail se verra ajouter aux conditions déjà mentionnées dans lesquelles une différence de traitement peut ne pas constituer une discrimination, les mesures objectivement et raisonnablement prises en faveur des personnes vulnérables en raison de leur situation économique.

Sur le plan pénal, cette nouvelle cause de discrimination pourra être caractérisée à la condition :

- qu'une inégalité de traitement (c'est-à-dire un acte, un fait ou une pratique défavorable dans une situation comparable à une autre) soit fondée sur la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, apparente ou connue de son auteur ;
- que soit constitué un acte matériel, à savoir que la discrimination ait produit l'un des effets désignés par l'article 225-2 du Code pénal ;
- que soit établie l'intention de discriminer en raison d'une situation personnelle ;

Et, bien évidemment que ladite proposition de loi soit également adoptée par l'Assemblée nationale !

3/ Une appréciation toujours plus souple de l'intérêt personnel retiré de l'abus de bien social

Cass. Crim. 17 juin 2015, n° 14-81.914

En l'espèce, le gérant d'une société a rémunéré un de ses amis, chômeur, pour un travail effectué au sein de celle-ci en se gardant bien de procéder à quelque déclaration de sorte que ce dernier pouvait continuer à bénéficier de prestations ASSEDIC. Il est poursuivi pour différentes infractions, notamment pour exécution de travail dissimulé et abus de bien social. Seul ce dernier objet de poursuite retiendra notre attention. Sur ce chef, la Cour d'appel confirme la déclaration de culpabilité rendue par les juges de première instance en considérant que : « *l'infraction est constituée hors du cas de l'usage des fonds sociaux à des fins personnelles dès lors que le dirigeant fait de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'il s'avait contraire à son intérêt, en l'occurrence en faisant courir un risque fiscal ou social à la société dans le cadre d'une gestion frauduleuse, risque qui en l'espèce a couru puisque la société a été mise en liquidation judiciaire.* » Un pourvoi en cassation est alors formé. L'auteur de celui-ci argue d'une méconnaissance de l'article L. 241-3 4° du Code de commerce par les juges de la Cour d'appel faisant encourir la cassation de l'arrêt. En effet, les juges du second degré semblent avoir retenu qu'il suffit pour que l'infraction soit constituée, que le dirigeant fasse, de mauvaise foi, un usage des biens de la société qu'il sait contraire à son intérêt. Cet arrêt permet ainsi de rappeler les éléments constitutifs dudit délit.

Tout d'abord, la personne poursuivie pour abus de bien social doit remplir l'une des fonctions de dirigeant dans une des sociétés visées par le Code de commerce. En l'espèce, cette condition préalable ne posait pas de difficulté, la personne poursuivie était le gérant d'une société à responsabilité limitée (article L. 241-3 4° du Code de commerce).

Ensuite, ladite infraction pour être caractérisée suppose que soit effectué un usage des biens ou du crédit de la société contraire à l'intérêt social

par son gérant. En l'espèce, les fonds de la société ont été utilisés pour rémunérer l'ami du gérant pour un travail non déclaré au sein de la société. Rien de vraiment nouveau là encore dans l'arrêt commenté puisqu'il est désormais constant que cette condition est remplie dès que l'usage des biens de la société a eu pour effet d'exposer la personne morale à des poursuites pénales ou fiscales (Cass. Crim. 14 mai 2003 n°02-81.217, Cass. Crim. n°07-88.111). Tout acte exposant la personne morale à des sanctions pénales va à l'encontre de son intérêt, aucune société ne pouvant prospérer en marge de la loi. Jusqu'alors la jurisprudence s'était prononcée dans le cas de risques de poursuites en matière pénale ou fiscale, dans cet arrêt les hauts conseillers confirment l'arrêt d'appel se référant au risque fiscal ou social. Il faut alors comprendre que tout comportement contraire à la loi (pénale, fiscale, sociale) de manière générale est visé.

De plus, ledit délit suppose que l'usage des biens de la société par le gérant ait été fait de mauvaise foi. Or, la mauvaise foi de l'abus de bien social se décompose en deux éléments : d'une part, elle suppose la connaissance du caractère contraire à l'intérêt social et d'autre part la volonté d'agir en étant conscient de cette contradiction. Cependant, il ressort de la jurisprudence qu'un acte est nécessairement empreint de mauvaise foi dès lors que son auteur sait qu'il est contraire à l'intérêt social. Il en ressort que la caractérisation de la mauvaise foi est impliquée par la constatation de cette connaissance. En l'occurrence, les juges du fond ont considéré cette condition caractérisée en relevant que le dirigeant a fait des biens de la société un usage qu'il savait contraire à l'intérêt de la société en lui faisant courir un risque fiscal ou social puisque la société a été mise en liquidation judiciaire. Force est de constater que les hauts conseillers ont validé pareille analyse.

Enfin et c'est là tout l'intérêt de l'arrêt, le dirigeant social doit avoir agi à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il est intéressé directement ou indirectement. L'intérêt personnel s'ajoute ainsi à la connaissance et à la mauvaise foi comme la troisième composante de l'intention coupable et c'est cette notion qui nous intéresse tout particulièrement en l'espèce.

Si cet intérêt est le plus souvent d'ordre matériel (le dirigeant social qui s'enrichit directement au préjudice de la société ou qui favorise une autre entreprise dans laquelle il est directement ou indirectement intéressé (Cass. Crim. 16 janv. 1964, n° 63-90.263), il peut également être d'ordre moral, et par exemple résulter du désir d'entretenir des relations d'amitié avec un tiers (Cass. crim. 28 mars 1996, n° 95-80.39). Le but de pareille infraction étant de préserver le patrimoine de l'entreprise contre toutes formes d'appauvrissement, on comprend bien qu'il soit indifférent de savoir qui, en définitive, profite véritablement des abus (dirigeant lui-même ou tiers). Pour autant, pareille conception de l'intérêt personnel semble le vider complètement de sa substance. En effet, l'intérêt personnel pareillement entendu sera dès lors toujours très facile à caractériser de sorte qu'il ne sera jamais susceptible de faire obstacle au délit d'abus de bien social. C'est ce qui explique peut-être comment les juges du fond ont pu en arriver à se contenter de souligner que le prévenu a poursuivi un intérêt moral personnel en favorisant une relation amicale avec laquelle il avait noué une entente sans rechercher une quelconque appropriation personnelle. D'ailleurs, la haute juridiction a estimé que c'est à tort que la Cour d'appel a retenu qu'il suffit, pour que l'abus de biens sociaux soit constitué, que le dirigeant ait fait de mauvaise foi un usage des biens contraire aux intérêts de la société, même si la poursuite d'un intérêt personnel n'est pas démontrée, mais a néanmoins sauvé l'arrêt d'appel de la censure en relevant que les juges du fond ont caractérisé sans insuffisance ni contradiction l'intérêt moral du prévenu. Cet arrêt semble donc illustrer le mouvement de dilution dans l'appréciation de l'intérêt personnel propre au délit d'abus de bien social. D'une part, la Cour de cassation semble valider que l'intérêt personnel soit simplement déduit de l'existence d'un intérêt moral. D'autre part, elle valide l'appréciation faite de l'intérêt personnel réduit à la volonté de favoriser une relation amicale. On peut rester dubitatif sur cette appréciation de l'intérêt personnel nullement accompagné d'un quelconque profit tiré par l'auteur de l'abus.

CRISP

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation
