

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

N°24 – Décembre 2015

Sommaire

L'édito	p. 3
L'article du mois	p. 4
L'actualité	p. 7

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

Peut-on contester la qualification de génocide pour les massacres perpétrés en Arménie il y a maintenant 100 ans ?

La Cour européenne, dans un arrêt de Grande Chambre du 15 octobre 2015 *Perincek c. Suisse*, sanctionne le droit suisse pour la condamnation pénale infligée à Dogu Perincek, président du Parti des travailleurs de Turquie. Ce dernier avait soutenu que « les allégations de "génocide arménien" sont un mensonge international » et qu'« il n'y a pas eu de génocide des Arméniens en 1915 » (...). La Cour considère que les propos litigieux ne visaient aucunement à nier les massacres ni à attiser la haine à l'égard de la population arménienne, mais à alimenter un débat d'intérêt public quant à la qualification de génocide.

Par Grégory PORTAIS



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

« *S'il n'y avait pas de mauvaises gens, il n'y aurait pas de bons avocats* »

De Charles Dickens, *The old curiosity shop*

Opérée par l'arrêté du 11 septembre 2003, la dernière réforme du CRFPA a fixé le programme et les modalités de l'examen. Après plus d'une décennie d'examens, Kami HAERI a remis un rapport au mois de novembre 2013 au barreau de Paris. Se fondant sur un bilan chiffré de l'accès initial à la profession d'avocat, il en ressort « *une augmentation importante et continue du nombre d'inscrits à l'examen d'entrée au CRFPA* ». Aussi, le rapport formule sept propositions, dont la plus symbolique est la création d'un examen national.

Véritable serpent de mer, cette idée d'un examen unifié a refait surface récemment. En effet, lors de la séance du Conseil national du droit du 18 décembre dernier, le secrétaire d'État chargé de l'enseignement supérieur, Thierry MANDON, a acté la mise en place d'un examen national. Comme l'a justement relevé son conseiller personnel, le Professeur Thomas CLAY, l'examen d'entrée à la profession d'avocat ne permet pas d'assurer l'égalité entre les étudiants. En effet, les taux de réussite entre les IEJ varient de 13 % à 58 % et ce ne sont pas moins de 704 sujets d'examen différents qui sont proposés chaque année. Les candidats plancheront dans un avenir proche sur un sujet unique, le même jour et avec des critères de corrections identiques.

À la lecture des différentes déclarations, le calendrier des réformes demeure encore incertain. Toutefois, l'on peut rassurer les étudiants déjà inscrits pour la prochaine session, qui ne seront pas concernés par la réforme. La réforme sera réalisée en deux temps. D'abord, l'instauration d'un examen national pourrait être effective à partir de septembre 2016. Ensuite, les épreuves

d'admission devraient faire l'objet d'une refonte en profondeur. À ce titre, la réflexion sur

Franck TOURET
Rédacteur en chef BMA

le contenu de l'examen de l'avocature devrait débuter à compter de janvier 2016, pour une mise en application en 2017. Néanmoins, il n'est pas exclu que l'ensemble de la réforme n'intervienne qu'en 2017. D'autant plus, qu'une telle réforme ne semble pas faire l'unanimité, en témoignent les déclarations de Pierre CROCQ, président de l'association des directeurs d'IEJ, qui a souligné les risques d'un examen unique.

Si elle ne manque pas de susciter des inquiétudes de la part des étudiants, une telle réforme, est assurément une avancée pour eux et pour la profession. En effet, il est à souhaiter que la réforme efface les différentes inégalités. Il est désolant de constater qu'un étudiant ayant une formation publiciste soit désavantagé par rapport à un privatiste. Des propositions émises, il semblerait que la réforme de l'accès à la profession d'avocat soit inspirée du concours de la magistrature. D'ailleurs, Thomas CLAY n'a pas manqué de relever que l'instauration d'un examen unique « *rehaussera le prestige de cet examen à bout de souffle* », et de « *faire comme pour l'ENM* ». Ainsi, comme pour la magistrature en droit civil et pénal, il est évoqué l'instauration de la dissertation comme type d'épreuve. Finalement, comme cela a pu être le cas pour la magistrature, espérons que l'examen devienne plus professionnalisant et moins académique pour les futurs litigants.

L'article du mois

Peut-on contester la qualification de génocide pour les massacres perpétrés en Arménie il y a maintenant 100 ans ?

Peut-on contester la qualification de génocide pour les massacres perpétrés en Arménie il y a maintenant 100 ans ?

C'est en substance la question qui était posée à la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire Dogu Perincek c/ Turquie et qui a justifié, le 15/10/2015 une nouvelle décision de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

À l'origine de l'affaire se trouve un homme politique turc qui à l'occasion de plusieurs événements publics en Suisse affirme que « les allégations de génocide arménien sont un mensonge international » et qu'il n'y a pas eu de « génocide des Arméniens en 1915 ». Il est important de préciser que pour l'auteur, il y a bien eu des massacres, mais d'une part ces massacres eurent lieu de chaque côté et, d'autre part, ces massacres ne justifient pas la qualification légale de génocide.

Le problème à l'origine de l'affaire réside à dire vrai dans les dispositions de l'article 261 bis du Code pénal suisse. La disposition en question punit d'une peine d'amende ou de prison toute personne qui niera ou minimisera grossièrement un génocide ou tout autre crime contre l'humanité. À la suite d'une plainte d'une association, c'est une amende (de 3000 francs suisses) qui fut infligée au requérant (ainsi que la condamnation à réparer le préjudice causé).

Sans surprise, le requérant considère que cette condamnation constitue une atteinte inconstitutionnelle à sa liberté d'expression telle qu'elle est garantie par l'article 10 de la CESDH. La Cour européenne des Droits de l'Homme a donné raison au requérant à l'occasion d'un premier arrêt rendu le 17 décembre 2013. La Suisse a alors demandé le renvoi de l'affaire en Grande Chambre, formation solennelle – d'aucuns diront plus politique. On peut dire que la solution était ainsi attendue (I) et révèle une

nouvelle fois la subtilité des raisonnements de la Cour (II).

Grégory PORTAIS
Enseignant de Droit public

I/ Une décision attendue

La décision était assurément attendue tant le contexte français semblait particulier.

A/ Une décision attendue ... par la France !

Particulier d'abord parce que la France a adopté de longue date une position engagée à l'égard du génocide arménien. Elle l'a reconnu en 2001 sous l'instigation de Jacques Chirac (Loi du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915.)

Elle a ensuite cherché à en sanctionner la contestation, lors du quinquennat de Nicolas Sarkozy. Par sa décision du 28 février 2012 (Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi), le Conseil constitutionnel, saisi dans le cadre du contrôle a priori, aura finalement bloqué ce projet. Après avoir rappelé la valeur constitutionnelle de la liberté d'expression, après avoir repris à son compte les formulations employées par la Cour européenne des Droits de l'Homme, le Conseil a jugé qu'en réprimant la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnues et qualifiées comme tels, le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication.

En avril 2015, c'est François Hollande qui a rappelé qu'il souhaitait réprimer la contestation du génocide arménien... C'est dans ce contexte particulier que le gouvernement français a d'ailleurs formulé à l'occasion de cette affaire une tierce intervention.

B/ Une décision attendue afin de clarifier la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme quant aux discours de haine

Contexte particulier ensuite, car la décision de 2013 s'inscrit dans la suite des affaires mettant en cause la négation des génocides. S'agissant du génocide juif, la question semble bien établie en jurisprudence : la contestation de la matérialité des faits est impossible tant les preuves de son existence sont patentes (Cour européenne des Droits de l'Homme, 23/09/1998, Lehideux et Isorni). En outre, la Cour européenne des Droits de l'Homme avait eu à se prononcer sur la difficile question : peut-on se prévaloir de la liberté d'expression pour remettre en question le sens du terme solution finale, le chiffre précis des victimes ou encore l'existence et l'étendue des chambres à gaz (Cour européenne des Droits de l'Homme, 24 juin 2003, Garaudy c. France) ? Dans une solution très circonstanciée il est vrai, la Cour européenne des Droits de l'Homme avait relevé que le but de l'auteur n'était pas d'établir un véritable travail de recherche, mais plutôt de réhabiliter le régime national socialiste. Elle conclut à l'absence d'atteinte à la liberté d'expression en se fondant sur l'article 17 de la CESDH.

II/ Un raisonnement d'équilibriste

La solution de la Cour se devait de trouver un périlleux équilibre : ne pas se prononcer sur l'existence du génocide arménien – puisqu'il n'y a pas de consensus en Europe sur cette qualification – protéger la liberté d'expression, respecter ses lignes jurisprudentielles. Elle atteint parfaitement ce triple objectif en respectant, formellement, ses lignes jurisprudentielles.

A/ Une ingérence prévue par le droit et légitime Elle réussit tout d'abord à conserver ses lignes jurisprudentielles traditionnelles

Elle vérifie ainsi scrupuleusement que l'atteinte à la liberté d'expression était bien prévue par le droit suisse : la disposition du Code pénal est une disposition législative – prise d'ailleurs pour assurer l'application de la convention de l'ONU de 1965 relative à l'élimination des discriminations raciales.

Elle vérifie ensuite qu'elle répond bien à un but légitime. C'est sur cette question de la légitimité du but que la question était assez délicate à dire vrai : est-il légitime d'interdire la négation de génocide et si oui, pourquoi ? On aurait pu penser que c'est sur le fondement de la protection de l'ordre public que la Cour européenne des Droits de l'Homme allait ici se fonder : en clair, interdire la négation d'un génocide serait nécessaire, car en permettre la contestation, c'est risquer de laisser se réaliser de violentes manifestations... le fait est que la situation en Suisse était sur ce point plutôt calme ! Dès lors, la Cour opte pour une solution particulièrement astucieuse : elle considère que c'est l'objectif de protection des droits d'autrui qui justifie ici la législation suisse. En effet, d'après elle, nombre de descendants des victimes des massacres ont bâti leur identité autour de l'idée que leur communauté a été victime d'un génocide, c'est donc en vue de protéger cette identité qu'il était possible de réprimer la contestation de génocide. Le raisonnement est particulièrement astucieux, car ce faisant, la cour n'a pas à se prononcer sur la question de l'existence d'un génocide : il lui suffit de se fonder sur le fait qu'une partie de la population a le sentiment d'avoir été victime d'un génocide...

B/ Une ingérence disproportionnée

Enfin, la Cour devait se prononcer sur la délicate question de savoir si l'ingérence dans la liberté d'expression était ou non disproportionnée. Elle reprend ici ses lignes jurisprudentielles traditionnelles afin d'établir que l'ingérence est ici disproportionnée. Sans surprise, on trouve donc dans cet arrêt des références à la jurisprudence Handyside c/ Royaume Uni (1976) : la cour rappelle à loisir que la liberté d'expression vaut pour tout type de propos, ceux qui sont accueillis avec faveur ou

indifférence, mais également pour les propos qui choquent, qui heurtent ou qui inquiètent. Sans surprise également, la cour rappelle que sans liberté d'expression, il n'est pas de démocratie. Sans surprise enfin, la cour rappelle que les limitations à la liberté d'expression ne peuvent être justifiées qu'en raison d'un besoin social impérieux. En somme, la Cour européenne des droits de l'homme devait mettre en balance la liberté d'expression, largement entendue et protégée, et la protection des droits d'autrui.

Son analyse de la proportionnalité de l'atteinte est là encore marquée du sceau de la tradition : la cour relève sans surprise la qualité du requérant (un homme politique), souhaitant traditionnellement considérer que les hommes politiques bénéficient d'une large liberté d'expression. Elle considère que le propos en question, qui ne comportait aucune incitation à la haine, ne saurait faire l'objet de poursuites pénales...

L'actualité

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Enseignant de Droit privé

1/ Nouvelle illustration de l'interdépendance contractuelle

Civ. 1^{re}, 28 octobre 2015, pourvoi n° 14-11.498

La Cour de cassation fait une nouvelle fois preuve de pédagogie sinon d'insistance pour expliquer et justifier son importante construction prétorienne en matière d'ensembles contractuels. Depuis 2013, la Cour régulatrice a édifié le principe d'interdépendance contractuelle en matière de location financière (Ch. mixte, 17 mai 2013, 2 arrêts ; Com. 7 janvier 2014, BMA 2014/2, p. 15 ; Com. 4 novembre 2014, BMA 2014/12, p. 9). En 2015, les juges du droit reprenaient le fondement de l'article 1218 du Code civil, relatif à l'indivisibilité conventionnelle pour déterminer la nature du lien entre un contrat de vente et de prestation et le contrat de prêt conclu en vue du financement du matériel acquis (Civ. 1^{re}, 10 septembre 2015, 2 arrêts, BMA 2015/22-23, p. 8).

La présente décision du 28 octobre 2015 offre une nouvelle illustration du mécanisme d'interdépendance contractuelle et des conséquences qui s'y attachent. Les faits rappellent ceux qui avaient été examinés par les hauts conseillers dans les affaires de septembre 2015 : un contrat de vente et d'installation d'un toit photovoltaïque est formé entre un professionnel et un particulier. Pour financer cette acquisition, ce dernier conclut un contrat de prêt accessoire. Trois années plus tard, à défaut de paiement des échéances de remboursement, la banque prêteuse l'assigne en déchéance du terme du contrat et en paiement. Le contentieux se cristallise sur le point de départ de la prescription biennale applicable en l'espèce (art. L. 137-2 C. conso.) dès lors que le contrat de prêt ne stipule pas la date de

paiement de la première échéance. Seul le contrat de vente prévoit que le prix de la vente et de l'installation sera payé à l'aide d'un crédit différé.

Autrement dit, se posait la question de savoir si les juges devaient uniquement se fonder sur le contrat de crédit et donc considérer l'action comme prescrite ou prendre en considération la stipulation figurant dans le contrat de vente et d'installation et donc considérer le report du point de départ du délai de forclusion.

La cour d'appel a emprunté cette seconde voie pour dire que le délai de forclusion n'avait pas pu commencer à courir avant le premier incident de paiement non régularisé et donc dire que l'action en paiement était recevable. Les juges du fond sont approuvés par la Cour de cassation qui justifie cette analyse en employant le mécanisme d'interdépendance contractuelle : *« le contrat de crédit affecté et le contrat de vente ou de prestation de services qu'il finance étant interdépendants, la mention, dans le second, que le prix sera payé à l'aide d'un crédit à amortissement différé, supplée le silence du premier quant à cette modalité de remboursement »*. La solution de la Haute cour est limpide : dans un ensemble contractuel, lorsque l'interdépendance conventionnelle est caractérisée, il convient d'interpréter les obligations des parties en fonction des stipulations contenues dans l'une ou l'autre de conventions.

2/ Un rappel de l'immunité de principe du préposé

Civ. 2^e, 10 décembre 2015, pourvoi n° 14-26.649

L'article 1384 alinéa 5 du Code civil porte le dispositif de responsabilité du commettant du fait du préposé. Sur ce fondement, l'Assemblée plénière de la Haute juridiction a posé, dans l'important arrêt *Costedoat* le principe d'immunité du préposé : *« n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant »* (Ass. plén., 25 février 2000, *Costedoat*). Demeure que cette

immunité n'est pas absolue : la responsabilité personnelle du préposé peut être engagée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil notamment dans l'hypothèse où le préposé « *agissant, sans autorisation, à des fins étrangères à ses attributions, s'est placé hors des fonctions auxquelles il était employé* » (Ass. plén., 19 mai 1988), c'est-à-dire dans le cas d'un abus de fonction du préposé. La présente décision revient sur ce cas de figure.

En l'espèce, un incendie s'est déclaré dans un immeuble loué par la société P. Il est établi que Monsieur Y., employé de cette société, se trouve à l'origine de cet incendie accidentel ayant entraîné les blessures d'un tiers. Le contentieux se cristallise sur la responsabilité personnelle de Monsieur Y. Les juges du fond la retiennent en constatant que l'employé a bien commis une faute de négligence de nature à engager sa responsabilité en ayant pris seul l'initiative d'enflammer le carburant déposé au sol sans s'être assuré que le bidon d'essence avait bien été refermé et reposé sur l'étagère.

Sur le fondement des articles 1382 et 1384 alinéa 5 du Code civil, la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel : les hauts conseillers reprochent logiquement aux juges du fond d'avoir affirmé la responsabilité personnelle de l'employé sans avoir démontré que ce préposé a excédé les limites de la mission qui lui a été confiée.

Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Enseignant de Droit privé

1/ Majeur protégé et consentement au mariage Civ. 1re, 2 déc. 2015, n° 14-25.777

Au visa des articles 459 et 460 du Code civil, la Cour de cassation, affirme que « *si le mariage d'un majeur en tutelle doit être autorisé par le juge des tutelles, il constitue un acte dont la nature implique un consentement strictement personnel et qui ne peut donner lieu à représentation* ».

En l'espèce, une personne a été placée sous tutelle. Son tuteur a saisi le juge des tutelles

d'une requête tendant à voir le voir autoriser le mariage du majeur protégé. Les juges du fond accueillent la demande.

Aux termes des articles 458 et 460 du Code civil, si le mariage d'un majeur en tutelle doit être autorisé par le juge des tutelles, les « *actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée* ». Le majeur protégé est donc soumis aux dispositions cumulatives de l'article 458 et 460 du Code civil : le consentement de l'intéressé au mariage doit être recueilli au cours de l'audition des futurs conjoints. Il ne peut être présumé par le représentant du majeur placé sous tutelle. Dès lors, la Haute juridiction déclare la demande d'autorisation présentée par la tutrice irrecevable.

2/ La vie privée confrontée au débat d'intérêt général

CEDH 10 nov. 2015, Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France, req. n° 40454/07

Dans cette espèce, le Prince Albert de Monaco estimant que la publication d'un article dans Paris-Match portait atteinte à ses droits à la vie privée et à l'image assigna la directrice de publication et la société d'édition à comparaître aux fins de voir condamner la société éditrice à lui payer des dommages-intérêts et à publier la décision qui serait prise en première page du magazine.

La Cour juge en particulier que, eu égard à la nature de l'information en cause, les requérantes pouvaient être reconnues comme ayant contribué à un débat d'intérêt général. Elle observe que la publication touchait certes au domaine de la vie privée du Prince Albert, mais estime que l'élément essentiel de l'information, l'existence de l'enfant, dépassait le cadre de la vie privée, compte tenu du caractère héréditaire de ses fonctions de chef de l'État monégasque.

Elle estime donc que les arguments avancés par le Gouvernement quant à la protection de la vie privée du Prince Albert et de son droit à l'image, ne peuvent être considérés comme suffisants pour justifier la condamnation en cause. Les juridictions internes n'ont pas tenu compte dans une juste mesure des principes et critères de mise en balance entre le droit au respect de la vie privée et le droit à la liberté d'expression

définis par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

3/ Mariage entre personnes de même sexe : le Conseil d'État valide les textes d'application
Conseil d'État, 18 décembre 2015, M. C... et autres, N° 369834

Le 25 mai 2013, à la suite de l'adoption de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, un décret et un arrêté ont été pris pour son application. Puis une circulaire, en date du 29 mai 2013, prise par la garde des Sceaux a interprété et rappelé les diverses modifications législatives et réglementaires. Enfin, une circulaire du 13 juin 2013 du ministre de l'Intérieur a rappelé aux préfets les conditions dans lesquelles les autorités compétentes peuvent célébrer un mariage et les conséquences auxquelles elles s'exposent en cas de refus illégal de procéder à une telle célébration. Dans ce cadre, des élus et des associations ont demandé au Conseil d'État d'annuler ces textes et ces circulaires. Plusieurs centaines d'élus locaux sont intervenus au soutien de leurs requêtes.

Le Conseil d'État a d'abord refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité. D'une part, il a relevé que le Conseil constitutionnel avait déjà déclaré l'article 165 du Code civil, tel qu'issu de la loi du 17 mai 2013, conforme à la Constitution. D'autre part, il a constaté que la loi était applicable dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de Moselle et a donc écarté les arguments selon lesquels la loi ne pourrait pas s'appliquer en Alsace-Moselle, ce qui conduirait à une violation du principe d'égalité. Le Conseil d'État a également jugé que les traités internationaux garantissant le droit de se marier et le consentement des époux au mariage n'imposent pas que le mariage et l'adoption soient réservés aux couples de personnes de sexe opposé. Il a jugé de même à propos de la convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. Enfin, il a jugé qu'aucun texte ni aucun principe n'impose aux officiers d'état civil d'approuver les choix de vie des personnes dont ils célèbrent le mariage. Eu égard à l'intérêt général qui s'attache au bon fonctionnement et à la neutralité du service public de l'état civil, il a

jugé que l'interdiction faite aux officiers d'état civil de refuser de célébrer les mariages, en dehors des cas prévus par la loi, ne méconnaît pas la liberté de conscience garantie par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Enseignant de Droit privé

1/ De la distinction entre l'exclusion et l'éviction de l'actionnaire
Com. 29 septembre 2015, pourvoi n° 14-17.343

Le contentieux en matière d'exclusion d'un associé a largement occupé les prétoires au cours des vingt dernières années. On rappellera que l'exclusion judiciaire est le plus souvent exclue par les juges eux-mêmes (Com. 12 mars 1996). Quant à l'exclusion conventionnelle, laquelle renvoie aux questions de la validité et de l'efficacité des clauses d'exclusion, on sait le sujet délicat depuis longtemps, même si les juges semblent de plus en plus enclins à affirmer leur validité sous conditions (Com. 13 décembre 1994, affaire « *Midi libre* » ; Com. 23 octobre 2007 dans les SAS). Reste qu'en la matière, la jurisprudence semble bien établie de sorte que les derniers arrêts en la matière constituent de simples, mais d'utiles confirmations (Com. 9 juillet 2013 ; Com. 10 février 2015).

Pour autant, la question demeure intéressante et c'est sous un angle nouveau qu'elle est appréhendée par la Cour de cassation dans le présent arrêt du 29 septembre 2015. En l'espèce, Monsieur X était salarié et actionnaire d'une société dont les statuts prévoient que tout actionnaire qui cesse d'être salarié perd sa qualité d'actionnaire. Or, Monsieur X prend sa retraite, mais souhaite demeurer salarié. La société lui refuse ce droit se retranchant derrière la clause statutaire. Monsieur X assigne la société arguant d'une exclusion « *illégal et discriminatoire* » et contestant les modalités de la cession de ses actions. Les juges du fond le

déboutent de ses demandes qu'il porte au moyen d'un pourvoi devant la Haute juridiction. La Cour régulatrice n'est pas davantage sensible à ses arguments. Pour rejeter le pourvoi, les hauts conseillers auraient sans doute pu se limiter à invoquer la force obligatoire des statuts. La Cour de cassation offre pourtant une solution plus étoffée et empreinte de riches enseignements. Précisément, le raisonnement produit est porté par trois mouvements : d'abord, les juges du droit soulignent qu'en vertu de la clause statutaire, le retraits ne pouvait ignorer la précarité de sa qualité d'actionnaire ; ensuite, les hauts conseillers considèrent que le retraits a fait l'objet d'une éviction conformément aux statuts et présentant un caractère automatique dès le terme de son salariat ; enfin, et c'est l'enseignement principal, une telle éviction ne saurait se confondre avec une exclusion, dès lors le non-respect des conditions d'une exclusion conventionnelle est indifférent en l'espèce.

Ainsi, d'un côté, la Haute juridiction rappelle implicitement la validité de ces clauses liant salariat et actionariat ; de l'autre, la Cour de cassation pratique une distinction nouvelle cependant heureuse entre éviction et exclusion. Reste à l'avenir à connaître des conséquences de cette distinction et de la possible éviction d'un associé. Autrement dit, l'on peut légitimement se demander si le contentieux de l'éviction va prendre dans les prétoires la place laissée par le contentieux de l'exclusion...

2/ De la rigueur de la loi en matière de reprise des actes de la société en formation **Civ. 3^e, 15 octobre 2015, pourvoi n° 13-24.355**

La reprise des actes passés au nom et pour le compte de la société en formation fait l'objet d'une réglementation précise à la fois dans le Code civil et dans le Code de commerce. La reprise des actes de sociétés civiles en formation repose sur les articles 1843 du Code civil et 6 du décret du 3 juillet 1978 tandis que la reprise des actes de sociétés commerciales est régie par les articles L. 210-6 et R. 210-5 du Code de commerce.

La présente espèce est l'occasion d'une application des textes relatifs à la constitution d'une société civile. Les fondateurs d'une SCI en formation contractent au nom de celle-ci une

promesse de vente. L'acte stipule expressément que l'immatriculation de la SCI emporte de plein droit reprise de la promesse, l'immatriculation devant intervenir au plus tard le jour de la signature de l'acte de vente. Si la société a été immatriculée au jour même de la signature de la promesse, la SCI n'a jamais levé l'option. Le vendeur agit à l'encontre de la société en paiement de l'indemnité d'immobilisation. La question se pose donc de savoir si la société est débitrice, ce qui induit que l'acte a été effectivement repris.

La cour d'appel pour répondre positivement s'est contentée de rappeler les termes de l'acte et la reprise automatique du fait de l'immatriculation. La censure était promise, elle est logiquement prononcée : la reprise des actes de la société en formation résulte du respect des conditions légales et non d'une stipulation conventionnelle. Or, en l'espèce, n'est pas constaté l'accomplissement régulier des formalités légales. À nouveau, la Cour régulatrice rappelle et souligne la rigueur de sa ligne jurisprudentielle, laquelle est gage de sécurité juridique.

Procédures collectives et sûretés

Vincent LOUISFERT

Enseignant de droit privé

Responsable des formations greffier
et greffier en chef

1/ La Cour de cassation maintient sa position en matière de gage des stocks **Ass. Plén., 7 décembre 2015, n° 14-18.435**

Depuis près de 5 ans, juges du fond et juges du droit s'opposent quant à l'application de l'article L. 527-3 du Code de commerce relatifs au gage de stocks. Rappelons que le gage des stocks est un mécanisme de garantie créé par la loi du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

L'opposition s'est cristallisée autour d'une question : est-ce que le gage des stocks prévu par les articles L. 527-1 et suivants du Code de commerce est exclusif du gage de droit commun ? Sous cet angle, la question apparaît normative : les juges du fond portent l'idée d'une superposition des mécanismes et donc

leur caractère alternatif; les juges du droit portent l'idée d'une exclusivité des textes naturellement au profit du texte spécial et nouveau. Au-delà de l'aspect normatif, la question est d'importance en pratique puisqu'il s'agit de savoir si un établissement de crédit peut obtenir à titre de garantie du prêt consenti à un commerçant, un gage sur ses stocks fondés sur le droit commun du gage plutôt que sur le droit spécial issu de la loi de 2006. Or, le gage de droit commun peut apparaître plus intéressant que le nouveau mécanisme pour l'établissement bancaire.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation avait d'ores et déjà répondu à ces questions, allant dans le sens du caractère exclusif du dispositif spécial (Com. 19 février 2013). Cette position avait été particulièrement critiquée par la doctrine et la pratique, considérant notamment que l'exclusivité n'était ni fondée ni justifiée. Au paroxysme de l'opposition entre juges du fond et juges du droit se trouve l'arrêt de la cour d'appel de renvoi en suite de cet arrêt de 2013 : les conseillers de Paris, se refusant à suivre la position de la Chambre commerciale, ont maintenu l'idée d'une alternative entre gage de droit commun et gage spécial (CA Paris, 27 février 2014). La saisine de l'Assemblée plénière était évidente.

La solution portée par cet arrêt du 7 décembre 2015 est donc essentielle et supporte l'idée d'une position définitive des hauts conseillers malgré les vives et multiples critiques : au visa des articles 2333 du Code civil et L. 527-1 du Code de commerce, tels qu'ils résultent de l'ordonnance du 23 mars 2006, ratifiée par la loi du 20 février 2007, la formation plénière affirme que « *s'agissant d'un gage portant sur des éléments visés à l'article L. 527-3 du code de commerce et conclu dans le cadre d'une opération de crédit, les parties, dont l'une est un établissement de crédit, ne peuvent soumettre leur contrat au droit commun du gage de meubles sans dépossession* ». Autrement dit, la Cour de cassation persiste dans la position adoptée par la seule chambre commerciale. Dans une note explicative, plusieurs arguments sont avancés pour justifier cette solution : le principal réside dans « *la spécificité de ce régime (celui mis en place par la loi de 2006) se justifie en raison de la nature vitale des stocks pour une entreprise et la place particulière qu'occupe, face*

à celle-ci, notamment lorsqu'elle est son débiteur, un établissement de crédit ».

Procédure civile

Franck TOURET

Enseignant de Droit privé

1/ Défaut de comparution de l'appelant Civ. 2e, 19 nov. 2015, n° 14-11.350

La Cour de cassation considère qu'il résulte de l'article 468 du Code de procédure civile que, si, sans motif légitime, l'appelant ne comparait pas, seul l'intimé peut requérir une décision sur le fond.

Dans cette espèce, un recours avait été formé contre la décision du bâtonnier d'un ordre des avocats fixant à une certaine somme les honoraires d'un avocat. Le premier président de la cour d'appel a confirmé la décision déferée en toutes ses dispositions. En effet, il a considéré que bien que régulièrement convoquées par lettre recommandée avec accusé de réception, les parties n'ont pas comparu et n'étaient pas représentées à l'audience. Puis que le premier président, saisi d'un recours contre une décision du bâtonnier prise en matière de contestation d'honoraires d'avocats, entend contradictoirement les parties. Enfin, il a considéré la procédure étant orale, les moyens des parties doivent être oralement exposés à l'audience par l'appelant et l'intimé ou leurs mandataires.

Toutefois, viole l'article 468 du Code procédure civile, le premier président d'une cour d'appel qui statue sur le fond alors qu'il n'était saisi d'aucun moyen par l'appelant et que l'intimé ne lui avait pas requis ce jugement. En effet, aux termes dudit article « *Si, sans motif légitime, le demandeur ne comparait pas, le défendeur peut requérir un jugement sur le fond qui sera contradictoire, sauf la faculté du juge de renvoyer l'affaire à une audience ultérieure* ». Or en l'espèce ni l'appelant, ni l'intimé n'avaient comparu de sorte que le juge ne pouvait prendre l'initiative de rendre un jugement sur le fond.

2/ Absence de communication des pièces et prétentions

Civ. 2e, 3 déc. 2015, n° 14-25.413

La Haute cour considère que le défaut de communication de pièces en cause d'appel ne prive pas à lui seul les juges du fond de la connaissance des moyens et des prétentions de l'appelant. Ainsi, la cour d'appel qui s'est déclarée dans l'impossibilité de procéder à l'examen des moyens et prétentions de l'appelant a violé l'article 132 du Code de procédure civile.

Dans cette espèce, pour confirmer un jugement en ses dispositions déboutant une partie et la condamnant à payer diverses sommes à titre principal, une cour d'appel avait retenu que l'appelant n'a notifié aucune pièce au soutien de son appel de sorte que la cour est dans l'impossibilité de procéder à l'examen des moyens et prétentions qu'il avance sur les conditions de sa mise en cause en qualité de caution des engagements d'une société et que, dès lors, la décision déferée devait être confirmée en toutes ses dispositions.

Toutefois, les juges du droit reprochent aux juges du fond d'avoir violé l'article 132 du Code de procédure civile. En effet, le défaut de communication de pièces en cause d'appel ne prive pas à lui seul les juges du fond de la connaissance des moyens et des prétentions de l'appelant. Selon les termes de l'article 132 du Code de procédure civile, « *La partie qui fait état d'une pièce s'oblige à la communiquer à toute autre partie à l'instance. La communication des pièces doit être spontanée* ». L'erreur commise par les juges du fond était de considérer qu'en l'absence de pièces étayant les allégations du demandeur, il lui était impossible de se prononcer sur les prétentions émises. Or la Cour d'appel devait statuer sur les prétentions émises par l'appelant, même à défaut de pièces les soutenant.

Procédure Pénale
Morgane WERNER
Juriste

1/ De la nécessité et de la proportionnalité des peines complémentaires

Conseil constitutionnel, QPC, 16 octobre 2015 n° 2015-493 QPC.

Le prononcé d'une peine en matière pénale est encadré par différents principes. Il en va notamment ainsi du principe d'individualisation de la peine, mais aussi, et surtout de celui de nécessité et de proportionnalité de la peine. Ces principes s'appliquent à toute peine pénale, quelle qu'en soit la nature, peine d'emprisonnement ou d'amende, mais aussi que la peine soit prononcée à titre principal ou à titre complémentaire.

C'est précisément ce point qui a été examiné par les Sages de la rue Montpensier dans la décision du 16 octobre 2015. En effet, l'article L. 3352-2 du Code de la santé publique soumis à leur examen prévoit une peine de 3 750 € d'amende lorsqu'un débit de boissons de 3^e et 4^e catégorie à consommer sur place est ouvert en violation des dispositions légales. Le législateur a parallèlement prévu une peine complémentaire qui est la fermeture du débit de boisson concerné. Le requérant considère que cette peine complémentaire, pour laquelle, il n'est pas textuellement prévu que le juge puisse en moduler la durée, porte atteinte d'une part à la liberté d'entreprendre et d'autre part au principe de nécessité et de proportionnalité de la peine posé à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Les arguments du requérant sont rapidement évacués par le Conseil constitutionnel qui déclare la disposition conforme à la Constitution. En ce qui concerne les principes de nécessité et de proportionnalité et d'individualisation de la peine, les Sages rappellent tout d'abord leur office en la matière. En effet, ils ne disposent pas ici d'un pouvoir analogue à celui du Parlement. Il ne leur appartient pas de se prononcer sur l'opportunité de l'adjonction de telle ou telle peine à la commission d'une infraction. Le contrôle de constitutionnalité, par eux réalisé, tend alors à s'assurer qu'il n'y a pas de disproportion manifeste entre le comportement sanctionné et la peine prévue. Le Conseil constitutionnel rappelle ensuite que le respect de ces principes implique un rôle actif du juge, qui doit pouvoir décider d'appliquer ou non la peine au cas d'espèce qui lui est soumis. En

l'espèce, la fermeture du débit de boissons s'analyse en une peine complémentaire obligatoire, pour autant, elle peut être temporaire ou définitive, ce qui confère un pouvoir d'appréciation au juge pénal et d'adaptation au cas d'espèce. L'objectif de cette peine, qui tend à assurer la protection de la santé publique et la lutte contre l'alcoolisme est aussi pris en compte par le Conseil constitutionnel. Enfin, les Sages prennent en considération l'article 132-21 du Code pénal qui permet à la personne condamnée de demander le relèvement de la peine prononcée. L'ensemble de ces considérations a conduit les Sages à considérer que la peine complémentaire de fermeture du débit de boissons n'est pas disproportionnée.

La disposition est dès lors déclarée conforme à la Constitution. Cette décision présente le mérite de rappeler que l'ensemble des peines, qu'elles soient prononcées à titre principal ou complémentaire, sont soumises aux exigences constitutionnelles de nécessité, de proportionnalité et d'individualisation. L'examen opéré par le Conseil constitutionnel démontre que l'office du juge en la matière est déterminant.

2/ Les limites du droit d'appel de la partie civile précisées

Crim. 20 octobre 2015, pourvoi n°15.83-441

La partie civile est une véritable partie au procès pénal. À ce titre, elle dispose de différents droits comme celui de formuler des observations à la clôture de l'instruction, de demander des actes, mais aussi de faire appel de certaines ordonnances du Juge d'instruction. C'est précisément les limites de ce droit qui sont précisées par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans son arrêt du 20 octobre dernier.

Une instruction est ouverte du chef de harcèlement moral. Les investigations diligentées par le juge d'instruction semblent mettre en évidence la participation de différentes personnes dans les faits, de sorte que le Ministère public prend des réquisitions de mise en examen supplétive. Le juge d'instruction rend une ordonnance refusant cette mise en examen. Un appel est interjeté par la partie civile et la Chambre de l'instruction infirme

l'ordonnance du juge d'instruction et lui renvoie la procédure pour que des investigations soient poursuivies notamment à cette fin.

La Cour de cassation va casser l'arrêt de la Chambre de l'instruction au visa de l'article 186 alinéa 2 du Code de procédure pénale. Cet alinéa dispose en effet que « *la partie civile peut interjeter appel des ordonnances de non informer, de non-lieu et des ordonnances faisant grief à ses intérêts civils. Toutefois, son appel ne peut, en aucun cas, porter sur une ordonnance ou sur la disposition d'une ordonnance relative à la détention d'une personne mise en examen ou au contrôle judiciaire* ».

Les hauts conseillers, en infirmant l'arrêt de la Chambre de l'instruction affirme que l'ordonnance du juge d'instruction refusant une mise en examen supplétive ne porte pas atteinte aux intérêts de la partie civile. Elle ne peut donc pas en interjeter appel.

3/ De l'immédiateté de la consultation du PV de notification des droits par l'avocat de la personne gardée à vue

Crim. 17 novembre 2015, pourvoi n°15-83.437

La loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue a renforcé les droits de la défense dès le stade de l'enquête en prévoyant l'intervention de l'avocat pendant la garde à vue. Outre un entretien confidentiel d'une durée de 30 minutes et l'assistance de l'individu gardé à vue pendant les auditions, l'avocat peut avoir accès à certaines pièces du dossier. Parmi ces pièces se trouve notamment le procès-verbal de notification des droits ou encore le certificat médical relatif à la compatibilité de l'état de santé de la personne avec la mesure de garde à vue. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a été amenée dans l'espèce qui lui est soumise à se prononcer sur l'encadrement temporel de ce droit.

Une jeune femme est interpellée et placée en garde à vue, après que de la cocaïne ait été trouvée dans ses bagages. Devant la chambre de l'instruction, la requérante sollicite la nullité de différents actes de procédures à savoir, un album photographique, réalisé selon la requérante par un agent qui ne répondait pas aux exigences d'impartialité; des écoutes téléphoniques parce que l'acte de procédure les ordonnant n'était pas motivé et enfin la mesure

de garde à vue aux motifs que son avocat n'avait pas accès au procès-verbal de notification des droits. L'ensemble des moyens est rejeté par la Chambre de l'instruction, la requérante se pourvoit en cassation.

Si les deux premiers moyens sont rapidement évacués par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, le troisième moyen est accueilli, ce qui entraîne la cassation de l'arrêt de la Chambre de l'instruction.

En l'espèce, un avocat se présente aux lieux où est retenu son client pour réaliser l'entretien confidentiel prévu dans le Code de procédure pénale. Il demande alors au geôlier présent de pouvoir consulter le procès-verbal de notification des droits. Cependant, cette consultation ne se réalise pas immédiatement. La configuration géographique a son importance pour comprendre les faits de l'espèce. En effet, le commissariat où se trouve matériellement la procédure est distant de 300 mètres des lieux où sont retenues les personnes placées en garde à vue. À l'issue d'une première audition, le procès-verbal litigieux est présenté à l'avocat. La Chambre de l'instruction en déduit que le procès-verbal de notification des droits a bien été présenté à l'avocat, et ce dès qu'il s'est trouvé dans les locaux abritant la procédure. Elle en conclut que les exigences textuelles ont été respectées et qu'aucune atteinte n'a été portée aux droits de la défense.

L'analyse des hauts conseillers sera sensiblement différente. En effet, la Chambre criminelle de la Cour de cassation retient au contraire que « *l'avocat du requérant avait, dès l'entretien confidentiel avec celui-ci, formulé la demande expresse de consultation à laquelle il a droit et qu'aucune circonstance insurmontable ne faisait obstacle à ce que la pièce demandée puisse être mise à sa disposition, la Chambre de l'instruction a méconnu le texte susvisé (art. 63-4-1 du Code de procédure pénale)* ».

Cet arrêt a le mérite de rappeler différents enseignements. Tout d'abord, elle rappelle que la communication à l'avocat de certaines pièces expressément listées par le législateur, à savoir le procès-verbal de notification des droits, le certificat médical et les procès d'audition de la personne assistée par l'avocat est un droit qui participe au droit de la défense. La méconnaissance de ce droit porte nécessairement atteinte aux intérêts de la

personne gardée à vue et est donc susceptible d'entraîner la nullité de la mesure (et des actes subséquents). Ensuite, la Chambre criminelle de la Cour de cassation vient encadrer temporellement l'exercice de ce droit de consultation. Les documents doivent être mis à la disposition de l'avocat dès lors qu'il en fait la demande, sauf circonstances insurmontables. Plus factuellement enfin, elle indique que la configuration matérielle et géographique d'un commissariat ne saurait constituer une telle circonstance.

4/ La sonorisation des débats d'Assises en question : la réponse du Conseil constitutionnel Conseil constitutionnel, QPC 20 novembre 2015, Décision n° 2015-499 QPC

Le 9 septembre 2015, la Chambre criminelle de la Cour de cassation transmettait une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 308 du Code de procédure pénale au Conseil constitutionnel. Le requérant a fait valoir que le recours à la sonorisation, n'étant pas prescrit à peine de nullité, relève d'un pouvoir discrétionnaire du juge et qu'en cela, le dernier alinéa du texte méconnaît les principes d'accès effectif au juge et d'égalité entre les citoyens. (BMA 2015, n°22/23, p. 18).

Le Conseil constitutionnel a, dans une décision du 20 novembre 2015, déclaré cette disposition contraire à la Constitution et a prononcé son abrogation. En effet, il rappelle tout d'abord le contenu de l'article 308 du Code de procédure pénale qui pose que les débats d'assises peuvent faire l'objet d'une sonorisation sous le contrôle du Président. Les Sages rappellent également que l'enregistrement peut être utilisé d'une part jusqu'au prononcé de l'arrêt et d'autre part devant les juridictions susceptibles d'être amenées à réexaminer l'affaire, comme la Cour d'assises statuant en appel. Le Conseil constitutionnel déduit ensuite de l'examen des articles 310 et suivants du Code de procédure pénale que le législateur a entendu conférer un réel droit aux parties en ce qui concerne la sonorisation des débats devant la Cour d'assises. Toutefois, en précisant que les dispositions ne sont pas prescrites à peine de nullité, il interdit tout recours contre la décision du président de la Cour d'assises en ce qui concerne le recours ou non à cette sonorisation. Il en- conclut que

les dispositions de l'article 308 du Code de procédure pénale ne sont pas conformes l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et sont donc inconstitutionnelles.

Les Sages de la rue Montpensier ont toutefois décidé de reporter les effets de cette abrogation au 1^{er} septembre 2016.

Droit pénal
Elizabeth HERTRICH
Juriste

1/ La prescription de l'infraction de prise illégale d'intérêts : obstacle à la qualification de recel de l'auteur de l'infraction d'origine
Crim. 12 novembre 2015, pourvoi n° 14-83073

Le 12 novembre 2015, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a énoncé l'impossible condamnation pour recel des auteurs de l'infraction d'origine, même lorsque celle-ci est prescrite.

En l'espèce, des conseillers municipaux sont renvoyés devant le Tribunal correctionnel du chef de recel de prise illégale d'intérêts. Pour mémoire, la prise illégale d'intérêts est le fait pour un élu d'utiliser ses fonctions au sein d'un organe d'une collectivité publique, pour en tirer un avantage personnel. La juridiction du premier degré les déclare coupables de cette infraction. La Cour d'appel confirme ce jugement et les condamne à quatre mois d'emprisonnement avec sursis et 8 000 euros d'amende. Elle relève que les faits ont été requalifiés par le juge d'instruction en recel, en raison de la prescription du délit de prise illégale d'intérêts. Un pourvoi en cassation est formé.

Les requérants soutiennent que si la prescription couvre l'infraction d'origine, elle doit s'étendre au recel puisque les deux infractions procèdent des mêmes faits.

La Cour de cassation casse et annule l'arrêt d'appel au visa des articles 321-1 et 432-12 du Code pénal, en considérant « *que le délit de recel de prise illégale d'intérêts ne peut être reproché à la personne qui aurait commis l'infraction principale, celle-ci fût-elle prescrite.* »

Ce qu'il faut bien comprendre c'est que la prescription de l'infraction d'origine ne constitue pas en elle-même un obstacle à la qualification de recel (dans ce sens Crim. 16 juillet 1964, pourvoi n°63-91919). En effet, ce que condamnent ici les juges du droit c'est le fait de poursuivre du chef de recel de prise illégale d'intérêts, les auteurs de l'infraction principale, quand bien même celle-ci est prescrite et que la poursuite en cette qualité serait impossible. En effet, il n'est pas possible de cumuler, sur un même bien, les qualités d'auteur de l'infraction d'origine et de receleur. Une autre solution reviendrait à enfreindre le principe « *non bis in idem* », qui interdit de punir deux fois une même personne pour des mêmes faits. En revanche, le complice de l'infraction d'origine peut se voir condamner également du chef de recel, dès lors qu'il doit réaliser des actes distincts pour tomber sous le coup de ces deux qualifications.

Les hauts conseillers reprochent également aux juges du fond, de ne pas avoir recherché eux-mêmes, si le délit était prescrit. On peut lire le présent arrêt comme un message adressé à la Cour d'appel de renvoi de faire usage de sa jurisprudence du 16 décembre 2014 (Crim. 16 décembre 2014, pourvoi n°14-82939), qui a appliqué, pour la toute première fois, à l'infraction de prise illégale d'intérêt, le régime procédural des infractions occultes. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi décidé, comme en matière d'abus de biens sociaux (Crim. 27 juillet 1993 pourvoi n° 92-85146) ou d'abus de confiance (Crim. 8 février 2006, pourvoi n° 05-80301) de repousser le point de départ de la prescription au jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique. Ce qui aurait pour conséquence, dans le cas d'espèce, de permettre les poursuites des conseillers municipaux...

2/ Diffamation : responsabilité du directeur de la publication malgré l'externalisation de la fonction de modération
Crim. 3 novembre 2015, pourvoi n° 13-82645

Le 17 janvier 2010 un internaute publie un commentaire sur le site « *lefigaro.fr* » à la suite d'un article intitulé « *Les militants Modem pas opportunistes* ». Le 19 janvier, considérant que les propos tenus par l'intéressé sont

diffamatoires, le président départemental du Modem demande la suppression de ce commentaire en utilisant la fonction de modération proposée par le site. Malgré l'engagement pris par le service de modération, le 20 janvier et une nouvelle réclamation adressée le 6 février, ce n'est que le 8 février que le commentaire litigieux est retiré. C'est dans ce contexte que le président départemental du Modem se constitue partie civile du chef de diffamation publique envers un particulier.

Le Tribunal correctionnel condamne de ce chef, en tant qu'auteur principal, le directeur de la publication du site. La Cour d'appel confirme ce jugement en retenant d'une part, *« qu'en sa qualité de directeur de la publication d'un service de publication en ligne mettant à la disposition du public un espace de contributions personnelles, mais également la possibilité d'alerter en temps réel un service de modération sur le contenu des messages déposés dans cet espace, le directeur de la publication avait été en mesure dès les alertes postées par le plaignant, d'exercer son devoir de surveillance sur le commentaire en cause qu'il n'avait pourtant pas retiré promptly »*; d'autre part, *« que le prévenu ne pouvait utilement se prévaloir ni de ce que la fonction de modération aurait été externalisée, ni du bénéfice des dispositions régissant la responsabilité pénale des hébergeurs. »* Un pourvoi en cassation est formé.

Reprenant l'argumentation selon laquelle il n'avait pas eu connaissance du commentaire litigieux, le prévenu invoque notamment l'article 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle. Ce dernier dispose que *« (...) la responsabilité pénale du directeur de la publication d'un site internet ne peut être engagée au titre des infractions de presse que s'il est établi qu'il avait eu*

effectivement connaissance du message litigieux avant sa mise en ligne ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il n'a pas agi promptly pour le retirer ». Selon lui, l'absence d'un message personnel à son intention l'informant du commentaire litigieux s'oppose à la reconnaissance de sa responsabilité pénale.

De manière succincte, les hauts conseillers rejettent son argumentation en considérant que, la Cour d'appel a fait une exacte application de l'article 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle. La Chambre criminelle n'entend pas donner d'échappatoire au directeur de la publication du site, quand bien même la fonction de modération est externalisée. Le fait que le service de modération du site avait été informé, le 20 janvier, de la demande de retrait du commentaire litigieux suffit à établir que le prévenu en avait connaissance. Aussi, aurait-il dû le retirer à partir de cette date. Cette solution apparaît justifiée au regard du principe de responsabilité pénale posé par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle. Au demeurant, le contrôle des prestataires extérieurs semble difficile à mettre à place sur le plan pratique.

La Cour régulatrice accueille, toutefois, le second moyen de prévenu. Elle casse et annule par voie de retranchement (cassation partielle sans renvoi), au visa de l'article 111-3 du Code pénal l'arrêt de Cour d'appel, en ses seules dispositions ayant condamné le prévenu à la diffusion de la décision. Elle rappelle que *« nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi »*. En condamnant le directeur de la publication à une peine complémentaire que l'article 32 alinéa 1 de la loi du 29 juillet 1981 ne prévoit pas, les juges du fond ont méconnu le principe de légalité criminelle.

CRISP

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation
