

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

**N°26 – Février 2016**

## **Sommaire**

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

# **CRISP**

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation

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

## **L'article du mois**

### **Le projet de loi « lutte contre le terrorisme » ou le double affaiblissement de la garantie judiciaire**

Le projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, rapidement élaboré à la suite des attentats ayant frappé la France en 2015, opère d'importantes modifications de notre procédure pénale. Ces modifications, qui débordent l'objet dudit projet de loi, s'inscrivent dans la fâcheuse tendance actuelle d'affaiblissement de la garantie judiciaire.

Par Olivier BACHELET



**CRISP**[crisp@prepa-isp.fr](mailto:crisp@prepa-isp.fr)**Président du CRISP**

Philippe MAZET

[philippe.mazet@prepa-isp.fr](mailto:philippe.mazet@prepa-isp.fr)**Rédacteur en chef**

Franck TOURET

[franck.touret@prepa-isp.fr](mailto:franck.touret@prepa-isp.fr)**Comité scientifique**

Jacob BERREBI

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

Matthieu THAURY

[matthieu.thaury@prepa-isp.fr](mailto:matthieu.thaury@prepa-isp.fr)**Directrice Générale ISP**

Julie HABERMAN

[julie.haberman@prepa-isp.fr](mailto:julie.haberman@prepa-isp.fr)**Groupe ISP****Institut Supérieur de Préparation**

18 rue de Varenne

75007 PARIS ☎

01.42.22.30.60

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

RCS Paris 331 302 877



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

Métro 12 : Rue du Bac ou Sèvres Babylone ☎

Métro 10 : Sèvres Babylone ☎

— ou — ☎

Bus : 68, 69, 83, 84, 94

**Le Bulletin Mensuel d'Actualités du CRISP,**  
inscription newsletter par mail :  
[crisp@prepa-isp.fr](mailto:crisp@prepa-isp.fr)

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

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

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

**Proposez-nous vos articles**

Le bulletin du CRISP est susceptible de publier vos articles de fond ou commentaires. Toute personne intéressée doit contacter le rédacteur en chef Franck TOURET ([franck.touret@prepa-isp.fr](mailto:franck.touret@prepa-isp.fr)) afin de lui proposer le thème et un résumé de sa proposition d'article (15 lignes maximum). Après avis favorable du rédacteur en chef et fixation d'un délai de remise, l'article sera soumis au Comité scientifique qui donnera une réponse dans les 15 jours.

## L'édito

### Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (JO du 11 février 2016)

De nombreux articles, débats, colloques et autres efforts de réflexion ont déjà eu pour objet l'importante réforme du droit des contrats programmée en 2005. Le CRISP (le Centre de recherches de l'ISP dont vous lisez le bulletin) a lui-même conduit un colloque sur cette réforme en 2014. La voilà advenue ou presque : l'ordonnance a été publiée, mais l'essentiel (la quasi-totalité) n'entrera en vigueur que le 1<sup>er</sup> octobre 2016.

Il s'agit de la plus importante réforme du Code civil depuis 1804. Le droit des contrats de 1804 n'existera bientôt plus, encore qu'il est vrai que cela fait bien longtemps qu'il a changé de nature, d'objectifs, de philosophies sous l'égide d'un juge qui, par son interprétation, son œuvre créatrice et son pouvoir de critique, a compensé l'inertie législative. Le renouveau de la justice contractuelle, la recherche d'un équilibre conventionnelle et la nécessaire prise en compte des intérêts économiques des parties et notamment la protection de la partie faible au contrat ont guidé le juge au cours du siècle.

Face à l'importance de la réforme, il est illusoire d'espérer en résumer ne serait-ce que les principaux traits dans les présentes colonnes. La rigueur dont chacun doit faire preuve commande de lire l'ordonnance dans ses moindres détails, quand bien même il faudra du temps, pour en saisir les contours et maîtriser les concepts. Pour l'essentiel, on relèvera avec intérêt les premiers apports de la réforme : la classique distinction entre les actes et les faits juridiques intègrent le Code civil (art. 1100 à 1100-2). Le nouvel article 1101 du Code civil porte une définition modernisée du contrat. La classique distinction entre les obligations de faire, de ne pas faire et de donner quelque chose disparaît. Désormais, le contrat est « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». La liberté contractuelle (art. 1102), la force obligatoire (art. 1103) et la bonne foi (art. 1104)

constituent désormais des principes figurant parmi les dispositions liminaires du nouveau droit des contrats codifiés.

Ainsi, d'un point de vue normatif comme matériel, se constate l'enjeu premier de cette réforme : codifier la jurisprudence (par exemple, en matière de vices du consentement ou encore de remèdes à l'inexécution contractuelle), trancher ses quelques hésitations (s'agissant notamment de la formation du contrat entre absents), entendre certaines doléances et propositions de la doctrine (notamment concernant la preuve ou conduisant à la disparition de la cause).

Pour conclure sur cette brève approche substantielle, soulignons tout de même que trois dispositions sont d'ores et déjà entrées en vigueur : il s'agit des actions interrogatoires des nouveaux articles 1123, 1158 et 1183 par lesquelles une personne demande à un contractant de lui confirmer l'existence d'un acte juridique (en matière de pacte de préférence), de lui confirmer l'étendue des pouvoirs de son représentant (en matière de conclusion d'un acte juridique par représentation) ou de lui confirmer sa volonté de se prévaloir d'une nullité contractuelle ou, au contraire, de confirmer le contrat.

De manière globale, la réforme du droit des contrats pratiquée par l'ordonnance du 10 février 2016 va bientôt participer à changer la pratique quotidienne de tous les juristes, théoriciens, avocats, juristes, magistrats, et bien d'autres qui n'ignorent pas que le contrat est le premier vecteur des échanges affairistes. Elle est emblématiquement portée par des grands principes de la légistique : la sécurité juridique, la lisibilité et la prévisibilité du droit, la modernisation de la loi et son attractivité.

Jacob BERREBI  
Enseignant de Droit civil

Présentée ainsi, la réforme est des plus heureuses et opportunes. Pourtant, l'on ne pourra manquer de relever un paradoxe : puisque l'objectif premier est la consécration légale de la jurisprudence, c'est dire que le législateur constate la pertinence de l'œuvre prétorienne, laquelle est caractérisée par son évolutivité notamment fonctionnelle. Reste qu'une consécration légale est de nature à mesurer les pouvoirs du juge dont la mission première est l'application de la loi. Sous l'empire d'un droit des contrats de 1804 marqué par sa généralité, le juge a construit et adapté la matière. Sous l'empire d'un droit des contrats de 2016, marqué par sa précision et sa ponctualité, le juge ne pourra plus user au pareil de son pouvoir d'interprétation ou de sa force de création. Il est fort à parier que le nouveau droit des contrats n'aura pas deux siècles de constance comme son prédécesseur : son contenu sera probablement régulièrement renouvelé par des efforts de correction, d'adaptation et de modernisation ponctuelles, nécessitant l'intervention du législateur. Tel est le lot de tous ces droits réglementés aux accents économiques comme le droit de la consommation, le droit commercial ou le droit de la concurrence. De plus, il ne faut pas négliger la perspective toujours plus proche et réelle de voir harmoniser sinon unifier le droit des contrats au sein de l'Union européenne, ce qui ne manquera pas d'aboutir à une nouvelle réforme du droit français des contrats.

## L'article du mois

### Le projet de loi « lutte contre le terrorisme » ou le double affaiblissement de la garantie judiciaire

Le projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale sera discuté à l'Assemblée nationale, selon la procédure accélérée, à compter du 1er mars prochain. Aux termes du compte rendu du Conseil des ministres du 3 février 2016, au cours duquel il a été présenté, **ce texte participe, à la suite des attentats ayant frappé la France au cours de l'année 2015, au renforcement de la lutte antiterroriste**, en donnant aux juges et aux procureurs de nouveaux moyens.

Pour autant, **la plupart des dispositions dudit projet débordent ce seul objectif pour s'appliquer, plus largement, aux infractions de criminalité et de délinquance organisées**. À ce titre, peut être évoquée la possibilité de recourir, dans l'enquête ou dans l'information judiciaire, au dispositif d'*Imsi catcher* qui permet de recueillir les données techniques de connexion et d'identifier un équipement terminal ou le numéro d'abonnement de son utilisateur (article 2 du projet). Bien plus, **ledit projet modifie les règles applicables à la procédure pénale « générale »**, ainsi qu'en attestent, par exemple, son article 25, qui renforce les garanties applicables en matière d'interceptions de télécommunications, en exigeant, notamment, des décisions motivées, et son article 26, qui améliore les garanties concernant la détention provisoire, en particulier en encadrant les délais dans lesquels la chambre de l'instruction doit, après cassation, statuer sur les contentieux de ladite détention.

En réalité, au-delà de ses dispositions techniques, le projet de loi opère une redistribution des prérogatives au sein de la phase préparatoire de la procédure pénale dont les conséquences s'analysent **en un affaiblissement de la garantie judiciaire, non seulement dans la direction des investigations**

(I.), **mais aussi dans la protection du droit à la sûreté** (II.).

Olivier BACHELET  
Magistrat de l'ordre judiciaire  
Enseignant de droit pénal

#### I. - L'affaiblissement de la garantie judiciaire dans la direction des investigations

Dans la direction des investigations, l'affaiblissement de la garantie judiciaire résultant du projet de loi se manifeste par **le renforcement des prérogatives du ministère public (A.) et la consécration de celui-ci comme quasi-juge de l'enquête (B.)**.

##### A. - *Le renforcement des prérogatives du ministère public*

L'article 1er du projet de loi **facilite, en matière terroriste, le recours à des perquisitions de nuit dans les locaux d'habitation**. Ainsi, alors qu'aujourd'hui de telles perquisitions ne sont possibles, pour les infractions de criminalité et de délinquance organisées, que dans le cadre de l'enquête de flagrance (article 706-89 du Code de procédure pénale) ou dans celui de l'information judiciaire (article 706-91 du même Code), elles pourront intervenir dans le cadre de l'enquête préliminaire, en cas d'urgence, lorsqu'elles sont nécessaires afin de prévenir un risque d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique. En outre, et surtout, **l'article 3 du projet de loi étend à l'enquête de police la possibilité, jusque-là réservée au juge d'instruction** (articles 706-96 à 706-102-9 du Code de procédure pénale), **de recourir à la sonorisation, la fixation d'images et la captation de données**.

À l'instar de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions

de la criminalité, qui avait mis un terme au « *monopole* » dont disposait le juge d'instruction en matière d'interceptions de télécommunications, en autorisant leur mise en œuvre dans le cadre des enquêtes de police relatives à des faits de criminalité ou de délinquance organisée (article 706-95 du Code de procédure pénale), le projet de loi permet au procureur de la République d'avoir recours à des actes d'investigation qui ne peuvent aujourd'hui être employés que dans l'information judiciaire. Certes, comme cela est également prévu pour les interceptions de télécommunications, les opérations de sonorisation, de fixation d'images et de captation de données ne pourront être mises en œuvre par le parquet qu'après une autorisation émanant d'un magistrat du siège, le juge des libertés et de la détention. Pour autant, **l'extension du champ d'application de tels actes aux enquêtes de police rendra nettement moins intéressante, pour les parquets, la saisine d'un juge d'instruction** qui, pourtant, en raison de son statut, apparaît comme le seul véritable garant d'investigations menées à charge et à décharge, comme l'a encore récemment rappelé la Cour européenne des droits de l'Homme (voir, à propos d'investigations urgentes entreprises sans intervention préalable d'un juge : CEDH, 16 février 2016, *Govedarski c/ Bulgarie*, n° 34957/12).

### **B. - Le ministère public, nouveau « juge » de l'enquête**

Par ailleurs, **le projet de loi entend introduire le contradictoire dans le cadre de l'enquête de police**. Ainsi, son article 24 prévoit que, dans les enquêtes de plus d'un an, toute personne contre laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit et qui a fait l'objet d'une perquisition, d'une audition libre, d'une mesure de garde à vue ou d'une saisie pourra, six mois après cet acte, demander à consulter la procédure et faire des observations. Dans ce cas, à moins qu'il ne décide de recourir à un classement, à l'ouverture d'une information ou à un défèrement et « *s'il estime la procédure en état d'être communiquée* », **le ministère public devra mettre à la disposition de l'intéressé, de son**

**avocat et des éventuelles victimes une copie de la procédure, ces personnes pouvant alors faire des observations relatives, notamment, à la régularité de la procédure, à la qualification retenue ou à la nécessité de recourir à de nouveaux actes utiles à la manifestation de la vérité.** En cas de poursuite de l'enquête et de recours « *à une nouvelle audition ou à un nouvel interrogatoire* » de la personne concernée, celle-ci sera informée, au moins dix jours avant cette audition ou cet interrogatoire, qu'elle peut demander la consultation du dossier de la procédure par elle-même ou par un avocat désigné par elle ou commis d'office à sa demande par le bâtonnier. Le dossier sera alors mis à disposition au plus tard cinq jours ouvrables avant l'audition ou l'interrogatoire. Cette communication du dossier et ce recueil d'observations pourra, par ailleurs, intervenir à tout moment en cours d'enquête, même en l'absence de demande, à l'initiative du procureur. Dans tous les cas, le procureur appréciera les suites à apporter aux observations et demandes d'actes, étant précisé qu'il en informera les intéressés et que sa décision sera insusceptible de recours.

Ces dispositions sont inspirées de la proposition n° 47 du rapport de la Commission de modernisation de l'action publique, présidée par Monsieur Jean-Louis NADAL, remis au Garde des Sceaux le 28 novembre 2013. Elles trouvent leur inspiration dans une question prioritaire de constitutionnalité posée en ces termes : « *Les articles 40, alinéa 1er, 40-1, 75, alinéa 1er, 79 et 80, alinéa 1er, du Code de procédure pénale sont-ils ensemble contraires à la Constitution au regard des articles 6, 7, 8, 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ainsi qu'aux principes du droit à une procédure juste et équitable, d'égalité devant la loi et d'égalité devant la justice, en ce qu'ils confèrent au procureur de la République le pouvoir discrétionnaire de choisir le mode de poursuites - enquête préliminaire ou information judiciaire -, choix duquel résulte pour la personne mise en cause la faculté ou non d'exercer eu cours de cette phase préalable au procès pénal les droits premiers de la défense que sont le droit d'être assisté d'un avocat, le droit de prendre connaissance du dossier de la procédure, le droit de contester la légalité des poursuites et le droit de solliciter des actes d'investigations et*



**des expertises techniques, autant de droits qu'une personne mise en examen dans le cadre d'une information judiciaire est en mesure d'exercer, à la différence d'une personne mise en cause dans le cadre d'une enquête préliminaire qui en est privée jusqu'à sa comparution en qualité de prévenue devant le tribunal correctionnel ?** ». Par un arrêt du 6 mars 2013, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel ladite question prioritaire au motif de l'absence de sérieux de celle-ci dès lors que, selon elle, les dispositions contestées ne modifient pas le déroulement du procès pénal et ne privent pas la personne mise en cause d'un procès juste et équitable, « celle-ci, quant au respect des droits de la défense, ayant, devant la juridiction, des garanties équivalentes à celles dont elle aurait bénéficié si l'affaire avait fait l'objet d'une information » (Cass. crim., 6 mars 2013, n° 12-90.078). Pour autant, le déséquilibre ainsi dénoncé demeure manifestement préoccupant, de telle sorte que le projet de loi entend aligner le déroulement des enquêtes préliminaires, dont la durée excède souvent une année, sur celui de l'information judiciaire. Il est, toutefois, regrettable de constater que le rôle confié au juge d'instruction dans l'instruction préparatoire, notamment pour ce qui concerne l'appréciation de l'opportunité de faire droit aux demandes d'actes, sera, dans l'enquête, confié au procureur de la République. **En effet, comment comprendre que le ministère public, à qui la loi confie l'exercice de l'action publique, puisse être « juge » des demandes formulées par la défense ? Comment admettre qu'un magistrat susceptible d'exercer les poursuites puisse « statuer » sur les demandes de son adversaire potentiel ?** À cet égard, il aurait été préférable qu'à l'instar de ce que préconisait, en 1990, la Commission justice pénale et droits de l'Homme, présidée par le professeur Mireille DELMAS-MARTY, que ce rôle soit confié à un magistrat du Siège, tel que le juge des libertés et de la détention.

## **II. - L'affaiblissement de la garantie judiciaire dans la protection du droit à la sûreté**

À propos de la protection du droit à la sûreté, qui se définit classiquement comme le droit de

ne pas faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire, le projet de loi mène à **une mise à l'écart du juge judiciaire au profit, non seulement du ministère public (A.), mais aussi du pouvoir exécutif (B.).**

### **A. La mise à l'écart du juge judiciaire au profit du ministère public**

L'article 18 du projet de loi prévoit la **création d'une « retenue administrative » qui pourra être mise en œuvre à l'égard de toute personne faisant l'objet d'un contrôle ou d'une vérification d'identité, « lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement est lié à des activités à caractère terroriste ou qu'elle est en relation directe et non fortuite avec une personne ayant un tel comportement »**. Cette « retenue » est destinée, aux termes de l'exposé des motifs du projet de loi, à permettre l'examen de la situation de la personne concernée, « ce qui peut comprendre la consultation de fichiers de police, la vérification de sa situation administrative et la consultation des services à l'origine du signalement sur la conduite à tenir ». Elle ne pourra excéder quatre heures et donnera lieu, « à peine de nullité », à une information sans délai du procureur de la République qui pourra décider d'y mettre fin à tout moment.

Cette innovation laisse perplexe. En effet, aux termes de l'article 78-2, alinéa 1er, du Code de procédure pénale, les enquêteurs sont déjà autorisés à contrôler l'identité de toute personne à l'égard de laquelle il « existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner », qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, qu'elle se prépare à commettre un crime ou un délit, qu'elle est susceptible de fournir des renseignements utiles à l'enquête ou qu'elle fait l'objet de recherches ordonnées par une autorité judiciaire. **Les motifs qui permettront de recourir à la nouvelle « retenue administrative » permettent donc, d'ores et déjà, de procéder à des contrôles d'identité, voire à des vérifications d'identité, d'une durée maximale de quatre heures** lorsque, conformément à l'article 78-3 du même Code, la personne contrôlée « refuse ou se trouve dans l'impossibilité de justifier de son identité ». Certes, ladite retenue pourra être mise en œuvre sans qu'il soit nécessaire de se trouver

dans l'une de ces deux dernières situations. Pour autant, il ne peut qu'être constaté que **les motifs qui justifieront le recours à cette nouvelle mesure feront également, le plus souvent, double emploi avec la possibilité de recourir à une garde à vue** puisqu'ils correspondent à des situations susceptibles de revêtir la qualification prévue par l'article 421-2-1 du Code pénal, qui incrimine « *le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles* » 421-1 et 421-2 du même Code. **Est-ce à dire qu'en créant cette nouvelle « retenue administrative », le gouvernement a entendu exclure, en matière terroriste, les garanties propres à la garde à vue, notamment le droit à l'intervention d'un avocat ?** Si tel est le cas, il reviendra aux parlementaires de rappeler que les droits de la défense ne sauraient être éludés en raison de la gravité des faits reprochés au suspect, ce que ne manque pas de rappeler régulièrement la Cour de Strasbourg (voir, notamment, s'agissant d'un suspect d'actes de terrorisme : CEDH, gde ch., 27 novembre 2008, *Salduz c/ Turquie*, n° 36391/02). Enfin, et surtout, avec cette « *retenue administrative* », **le projet de loi crée une nouvelle possibilité de porter atteinte à la liberté individuelle sous la seule autorité du parquet**, alors même qu'au sens de l'article 5, § 3, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, les membres du ministère public, du fait de leur statut, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif, qui compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de « *magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* » et donc à contrôler les mesures privatives de liberté (voir, par exemple : CEDH, 23 novembre 2010, *Moulin c/ France*, n° 37104/06). À cet égard, la mise à l'écart du juge judiciaire, pourtant contraire aux exigences conventionnelles, est patente.

### ***B. La mise à l'écart du juge judiciaire au profit du pouvoir exécutif***

L'article 20 du projet de loi **crée une procédure de « contrôle administratif des retours sur le territoire national » applicable aux personnes à**

**l'égard desquelles il existe des raisons sérieuses de penser qu'elles ont accompli, soit des déplacements à l'étranger ayant pour objet la participation à des activités terroristes, soit des déplacements à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes ou qu'elles ont tenté de se rendre sur un tel théâtre, dans des conditions susceptibles de les conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de leur retour sur le territoire français.**

Dans ce nouveau cadre juridique, le ministre de l'Intérieur pourra imposer aux personnes concernées plusieurs obligations afin d'approfondir l'évaluation de leur situation. En particulier, le pouvoir exécutif pourra assigner l'intéressé à son domicile et lui faire obligation de se présenter périodiquement aux services de police ou de gendarmerie.

Là aussi, le projet de loi rogne sur la garantie judiciaire puisque **les motifs fondant cette nouvelle procédure de « contrôle administratif des retours sur le territoire national » permettent déjà aujourd'hui d'ouvrir une information judiciaire, sur le fondement des dispositions précitées de l'article 421-2-1 du Code pénal, et donc de recourir, à l'égard du suspect, à une assignation à résidence sous surveillance électronique, à un contrôle judiciaire, voire à une détention provisoire.** La concurrence annoncée du pouvoir exécutif à l'égard de l'autorité judiciaire ne peut qu'inquiéter au regard du nécessaire respect, dans un état démocratique, du principe de la séparation des pouvoirs. À cet égard, gageons que les débats parlementaires consacrés au projet de loi permettront, au bout du compte, de garantir l'effectivité des dispositions de l'article 66 de la Constitution aux termes desquelles l'autorité judiciaire est « *gardienne de la liberté individuelle* ».



# L'actualité

## Droit des obligations

Jacob BERREBI

Enseignant de Droit privé

### 1/ L'oubli de l'avocat

Civ. 1<sup>re</sup>, 14 janvier 2016, pourvoi n° 14-30.086

Dans un arrêt en date du 16 janvier 2013, la Cour de cassation avait décidé qu'un avocat engage sa responsabilité dès lors qu'il a omis de faire appel dans les délais, sauf à démontrer l'absence de toute probabilité de succès de l'appel manqué. Ainsi, lorsqu'il existe une possibilité de succès, la responsabilité de l'avocat est engagée et la réparation du préjudice doit être ordonnée dès lors que « *la perte de chance même faible est indemnisable* » (Civ. 1<sup>re</sup>, 16 janvier 2013 ; V. de manière tout aussi pertinente, Civ. 1<sup>re</sup>, 19 décembre 2013).

La présente décision du 14 janvier 2006 se situe dans la même veine. En l'espèce, hospitalisée, une patiente fait un AVC. Elle agit en indemnisation contre l'établissement devant le juge administratif compétent en la matière. L'expertise conduit au rejet de sa demande, une première, puis une seconde fois. L'avocat de la patiente ne conteste pas ces décisions de rejet. La patiente se retourne contre son avocat pour ces omissions.

Elle est suivie dans son argumentaire par les juges du fond puis par la Haute juridiction : la faute commise par son avocat a privé la patiente d'une chance d'être indemnisée des conséquences de l'aggravation de son état, « *dès lors que le rejet, par la juridiction administrative statuant en référé, de la demande d'expertise complémentaire était motivé par l'irrecevabilité du recours formé contre la décision du centre hospitalier refusant la demande d'indemnisation du préjudice initial, cette décision définitive écartant toute responsabilité du centre hospitalier* ». La perte de chance est donc caractérisée dès lors que l'on constate l'omission de l'avocat. Ce

raisonnement se révèle plus favorable encore aux victimes que ne l'étaient les décisions de 2013, pour lesquelles on avait déjà noté une telle faveur.

### 2/ Encore l'obligation de ponctualité de résultat de la SNCF

Civ. 1<sup>re</sup>, 14 janvier 2016, pourvoi n° 14-28.227

Les arrêts se multiplient relativement à la responsabilité de la SNCF en cas de retard. Déjà, en 2012, un avocat qui avait été empêché de plaider en suite d'un retard de train de la SNCF, avait obtenu réparation de sa perte d'honoraires, ainsi que de son préjudice de réparation (Civ. 1<sup>re</sup>, 26 septembre 2012).

Encore, en 2013, la Cour de cassation avait décidé que « *le dommage n'est indemnisable que s'il était prévisible lors de la conclusion du contrat de transport et a constitué une suite immédiate et directe de l'inexécution de ce contrat ; d'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait sans expliquer en quoi la SNCF pouvait prévoir, lors de la conclusion du contrat, que le terme du voyage en train n'était pas la destination finale de Mme X... et que cette dernière avait conclu un contrat de transport aérien, la juridiction de proximité n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé* » (Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 2013).

La présente décision poursuit cette construction prétorienne : son intérêt est réel dès lors que la Cour de cassation fait preuve d'une autorité et d'une pédagogie certaines en portant dans un attendu de principe, ses enseignements tant en ce qui concerne l'obligation de ponctualité que le régime de réparation qui s'y attache.

D'une part, la Haute juridiction décide que « *l'obligation de ponctualité à laquelle s'engage un transporteur ferroviaire constitue une obligation de résultat dont il ne peut s'exonérer que par la preuve d'une cause étrangère ne pouvant lui être imputée* ». Ce faisant, les juges imposent une obligation essentielle à la charge de la SNCF quand bien même elle ne serait pas stipulée expressément. La méthode rappelle celle qui avait conduit à la découverte de

l'obligation de sécurité à la charge du transporteur de personnes (Civ. 21 novembre 1911). Dans les deux cas, il s'agit d'une obligation de résultat, qui n'offre donc guère de latitude à la SNCF dans l'exécution de ses obligations.

D'autre part, la Cour régulatrice affirme que « *la méconnaissance de cette obligation est réparée à concurrence du préjudice strictement prévisible lors de la conclusion du contrat et qui constitue une suite immédiate et directe du retard dans l'exécution de celui-ci* ». Alors que l'imposition d'une obligation de ponctualité de résultat apparaît sévère pour la SNCF et particulièrement favorable pour le client, la réparation que ce dernier peut espérer demeure mesurée sur le fondement de l'article 1150 du Code civil et la réparation du seul dommage prévisible, précision faite qu'il doit s'apprécier strictement.

## Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Enseignant de Droit privé

### 1/ Loi no 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté, le 27 janvier 2016, la proposition de loi des députés Alain Claeys et Jean Leonetti créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie. Le texte crée un droit à la sédation profonde et continue jusqu'au décès pour les patients atteints d'une affection grave et incurable. Elle consacre l'accès aux soins palliatifs pour les malades en fin de vie sur l'ensemble du territoire et la formation des professionnels de santé à ce type de soins (art. 1). L'hydratation et la nutrition sont qualifiées de « traitements » qui, comme tels, pourront être arrêtés (art. 2). Dans les cas énumérés et à la demande du malade, une sédation profonde et continue jusqu'au décès pourra être mise en œuvre, notamment « *lorsque la décision du patient atteint d'une affection grave et*

*incurable d'arrêter un traitement engage son pronostic vital à court terme et est susceptible d'entraîner une souffrance insupportable* ». Elle pourra être réalisée au domicile du malade, dans un établissement de soin, ou dans un service accueillant les personnes âgées ou qui leur apportent à domicile une assistance dans les actes quotidiens de la vie, des prestations de soins ou une aide à l'insertion sociale (art. 3). De plus, les directives anticipées sont révocables et révisables à tout moment, et s'imposent au médecin « *sauf en cas d'urgence vitale pendant le temps nécessaire à une évaluation complète de la situation et lorsque les directives anticipées apparaissent manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale* » (art. 8). Lorsque ces directives sont conservées dans le registre national, leur existence est régulièrement rappelée à la personne qui les a rédigées (art. 8). Enfin, le statut de la personne de confiance désignée est précisé et celle-ci cosigne sa désignation, révocable et révisable à tout moment (art. 9). Lorsque la personne en fin de vie est dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté, le médecin est tenu de s'enquérir de la volonté exprimée par le malade : « *en l'absence de directives anticipées (...), il recueille le témoignage de la personne de confiance ou, à défaut, tout autre témoignage de la famille ou de ses proches* » (art. 10).

### 2/ Décret no 2016-185 du 23 février 2016 pris pour l'application de l'ordonnance no 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille

Le décret du 23 février 2016 prévoit les dispositions nécessaires à l'application de l'ordonnance no 2015-1288 du 15 octobre 2015 (BMA 2015/22,23, p. 10). Il apporte des modifications à la procédure actuellement prévue par le Code de procédure civile, pour tenir compte des nouvelles conditions d'intervention du juge du divorce en matière de liquidation et de partage, dans les divorces contentieux. Par ailleurs, le décret clarifie les règles relatives à la procédure devant le juge des tutelles des mineurs saisi en matière d'administration légale, notamment en créant une nouvelle section consacrée à l'exercice de l'autorité parentale relativement aux biens de

l'enfant. Enfin, il précise les modalités d'application de l'habilitation familiale, nouveau dispositif de protection juridique des mineurs et des majeurs instaurée par l'ordonnance précitée.

### **3/ Séparation de corps et tierce opposition Civ. 1re, 13 janv. 2016, no 14-29.631**

Selon la Cour de cassation, la procédure de tierce opposition par un créancier de l'un ou l'autre des époux contre la décision d'homologation d'un divorce par consentement mutuel est applicable à la séparation de corps par consentement mutuel. Dans cette affaire, un juge aux affaires familiales a prononcé la séparation de corps par consentement mutuel des époux et homologué leur convention portant règlement des effets de cette séparation. Puis, un autre jugement a déclaré recevable la tierce opposition formée par le créancier et a été jugé inopposable à cette dernière le jugement de séparation de corps en ce qu'il avait homologué l'acte de liquidation-partage de la communauté. Dans le cadre du pourvoi formé par les époux, ces derniers reprochaient à l'arrêt d'avoir confirmé cette décision. La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif qu'après avoir exactement rappelé que la procédure de la séparation de corps obéit aux règles prévues pour la procédure de divorce, la cour d'appel en a déduit, à bon droit, que l'article 1104 du Code de procédure civile était applicable à la tierce opposition formée contre la décision d'homologation de la convention conclue par les époux lors de leur séparation de corps par consentement mutuel. Cet article, figurant dans la section « le divorce et la séparation de corps », précise que « les créanciers de l'un et de l'autre époux peuvent faire déclarer que la convention homologuée leur est inopposable en formant tierce opposition contre la décision d'homologation dans l'année qui suit l'accomplissement des formalités mentionnées à l'article 262 du Code civil ».

### **4/ Expertise biologique et action destinée à obtenir la copie d'un acte de naissance Civ. 1re, 27 janv. 2016, no 14-25.559**

La Haute cour affirme que l'action destinée à obtenir la copie intégrale d'un acte de naissance n'est pas une action relative à la filiation, de sorte que l'expertise biologique, qui ne saurait être une expertise génétique, réglementée par l'article 16-11 du Code civil, n'est pas de droit.

Dans le cadre de cette espèce, un homme sollicite la délivrance d'une copie de son acte de naissance. Néanmoins, cette demande lui est refusée par le service central d'état civil au motif que le procureur de la République avait autorisé la délivrance de cet acte à une autre personne se réclamant de la même identité. Afin de contester ce refus, le requérant intente une action en justice aux fins d'ordonner la délivrance de la copie de son acte de naissance ainsi qu'une expertise biologique pour faire la preuve de sa filiation, d'une part, et celle de l'identité contestée, d'autre part. La cour d'appel, après avoir souverainement apprécié la valeur la portée des éléments de preuve, déboute le requérant de ses demandes et réserve l'exploitation de l'acte de naissance en cause à son homonyme, reconnu victime d'une usurpation d'identité à l'occasion de cette procédure. Le requérant se pourvoit en cassation sur le fondement du droit à un procès équitable, ensemble le droit à la vie privée et à une vie familiale normale, lesquels ont pour corollaire le droit à l'identité, à l'état civil et à la connaissance de ses origines. Il soutient, en demande de son pourvoi, que « l'expertise biologique est de droit lorsqu'il s'agit de faire preuve de la filiation, sauf s'il existe un moyen légitime de ne pas l'ordonner ». Toutefois, la Cour de cassation rejette le pourvoi : « L'action destinée à obtenir la copie intégrale d'un acte de naissance n'est pas une action relative à la filiation, de sorte que l'expertise biologique, qui ne saurait être une expertise génétique réglementée par l'article 16-11 du Code civil, n'est pas de droit ».

### **5/ Résolution du Parlement européen 17 déc. 2015, gestation pour autrui**

Dans sa Résolution du 17 décembre 2015 sur le rapport annuel de 2014 sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde et sur la politique de l'Union européenne en la matière (2015-2229[INI]), le Parlement européen « condamne la pratique de la

*gestation pour autrui qui va à l'encontre de la dignité humaine de la femme, dont le corps et les fonctions reproductives sont utilisées comme des marchandises* ». Également, il considère que « *cette pratique, par laquelle les fonctions reproductives et le corps des femmes, notamment des femmes vulnérables dans les pays en développement, sont exploités à des fins financières ou pour d'autres gains, doit être interdite et qu'elle doit être examinée en priorité dans le cadre des instruments de défense des droits de l'homme* » (§ 115 de la Résolution).

### Droit des affaires

Jacob BERREBI

Enseignant de Droit privé

#### Le nécessaire respect de la procédure des conventions réglementées

Com. 5 janvier 2016, pourvoi n° 14-18.688

Salarié à temps partiel d'une société anonyme depuis 2002, M. X signe en février 2007 un avenant à son contrat de travail au terme duquel il percevra une indemnité en cas de licenciement, sauf faute grave ou lourde. En novembre de la même année, il est nommé directeur général par le conseil d'administration de la société, puis administrateur. En 2010, il est révoqué de l'une comme de l'autre de ces fonctions, avant d'être licencié. Il saisit le conseil des prud'hommes afin d'obtenir le paiement de l'indemnité promise. Pour lui refuser ce versement, la société anonyme argue que cet avenant a été conclu en fraude des dispositions légales régissant les conventions réglementées. La société apporte en effet la preuve que l'avenant était faussement daté de février 2007, alors qu'il a été signé seulement quelques jours avant l'accès aux fonctions de direction.

Ces arguments et éléments emportent la conviction des juges du fond. Au pareil, la Cour de cassation rejette le pourvoi de M. X., faisant une application particulièrement évidente et opportune de l'adage *fraus omnia corrumpit*. Antidater l'avenant n'a eu, en l'occurrence,

d'autre but que de contourner la procédure d'autorisation des conventions réglementées pourtant applicable en l'espèce. Ainsi, l'avenant n'avait pas pour cause le contrat de travail, mais la nomination de M. X en tant que directeur général. En bref, la fraude observée conduit à la nullité de l'avenant. Le respect de la procédure des conventions réglementées se trouve ici renforcé par la rigueur des juges.

### Procédures collectives et sûretés

Jacob BERREBI

Enseignant de Droit privé

#### La proportionnalité de l'engagement de la caution

Com. 26 janvier 2016, pourvoi n° 13-28.378

Une société se voit consentir deux prêts bancaires en vue de l'acquisition d'un fonds de commerce. Les associés de la société se portent cautions solidaires auprès de la banque. Lorsque la société est placée en liquidation judiciaire, la banque assigne les associés-cautions. Pour échapper à leur engagement, ces derniers arguent du caractère totalement disproportionné de cet engagement au regard de leur patrimoine.

Le contentieux se cristallise autour de la détermination de leur patrimoine : les parts sociales et le compte courant d'associé que les cautions détiennent entrent-ils dans la détermination de leurs biens et revenus ? La cour d'appel répond par la négative en s'appuyant sur le fondement de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, lequel dispose « *Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation* ». Ainsi, selon les juges du fond, les parts sociales et le compte courant d'associé ne peuvent intégrer le patrimoine des cautions pris en compte pour le calcul de

proportionnalité dès lors que « *l'engagement de caution a précisément pour fonction, dans l'hypothèse d'une défaillance de l'entreprise, de permettre au créancier de se retourner contre un débiteur solvable, lequel ne pourra nullement valoriser des parts d'une entreprise qui a cessé ses paiements* ».

La position de la Cour de cassation était jusqu'à présent incertaine sur ce point (Com. 9 avril 2013). Dans le sens de la solution portée par les conseillers d'appel, on pourrait relever que la Cour de cassation décide désormais qu'un revenu prévisionnel ne peut et ne doit pas être pris en considération pour le calcul du patrimoine de la caution ; or, tel est le cas *a priori* des revenus escomptés de l'opération garantie (Com. 10 février 2015). Cependant, ce n'est pas ici le raisonnement de la Cour de cassation, elle décide, au contraire, que la valeur des parts sociales et le montant du compte courant d'associé doivent entrer dans le champ du patrimoine pris en compte au titre du calcul de proportionnalité. En dépit de l'incertitude qui entoure la possibilité pour la caution-associé d'en tirer des revenus, il est logique de considérer que ces éléments ont une valeur réelle lors de l'engagement.

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

**Servitude légale de passage et enclave**  
**Civ. 3e, 14 janv. 2016, n° 14-25.089**

Par cet arrêt, la Cour de cassation affirme que l'accès par un véhicule automobile correspond à l'usage normal d'un fonds destiné à l'habitation justifie la reconnaissance d'une servitude de passage. Dans le cadre de cette espèce, des époux ont une propriété sur laquelle est édifiée une maison à laquelle ils accédaient par un chemin appartenant à des consorts. Ces derniers ont fermé le chemin. Les époux soutiennent que le fonds, auquel il est possible d'accéder par un escalier, est enclavé et ont assigné les consorts en désenclavement.

Les juges du fond rejettent la demande considérant que « *la maison est desservie par un escalier extrêmement pentu et que, si l'approche de la maison en véhicule est impossible par cet escalier, l'accès à la propriété reste possible moyennant certains aménagements* ». Toutefois, la Cour de cassation a considéré qu'en statuant ainsi, alors que l'accès par un véhicule automobile correspond à l'usage normal d'un fonds destiné à l'habitation, la cour d'appel a violé l'article 682 du Code civil. Aux termes de ce dernier, « *le propriétaire dont les fonds sont enclavés et qui n'a sur la voie publique aucune issue, ou qu'une issue insuffisante, soit pour l'exploitation agricole, industrielle ou commerciale de sa propriété, soit pour la réalisation d'opérations de construction ou de lotissement, est fondé à réclamer sur les fonds de ses voisins un passage suffisant pour assurer la desserte complète de ses fonds, à charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner* ». Dépassant l'interprétation littérale du texte, la jurisprudence retient qu'un droit de passage peut être demandé, quelle que soit la destination de l'héritage ne disposant pas d'une desserte suffisante sur la voie publique (Civ. 3e, 7 avr. 1994, n° 89-20.964). Néanmoins, un simple souci de commodité ne peut pas justifier l'existence d'une servitude légale (Civ. 3e, 24 juin 2008, n° 07-15.944). Or en l'espèce, il n'était pas impossible d'accéder à la propriété puisqu'un escalier de quatre-vingt-dix-neuf marches permettait l'accès. Cependant, cet escalier ne permettait pas un passage suffisant pour assurer la desserte complète du fonds. Au-delà de la servitude d'accès, elle permet au propriétaire du terrain un droit d'exploitation normale de son héritage.

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

**1/ Licéité de la preuve provenant de la messagerie personnelle du salarié**  
**Soc. 26 janv. 2016, n° 14-15.360**



La Cour de cassation affirme que la production de messages électroniques provenant de la messagerie personnelle d'un salarié, distincte de la messagerie professionnelle dont celle-ci disposait pour les besoins de son activité, porte atteinte au secret des correspondances et doit par conséquent être écartée. Dans le cadre de cette espèce, prenant acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de son employeur, un salarié a saisi une juridiction prud'homale. Devant les juges du fond, l'employeur avait produit aux débats une pièce qui reprenait un échange de messages électroniques reçus par l'employé. Cette pièce fut cependant écartée par la juridiction d'appel au motif que, bien que provenant de l'ordinateur professionnel mis à la disposition de la salariée, cet échange de courriels provenait de la messagerie personnelle de la salariée et émanait d'adresses non professionnelles, de sorte que sa production aux débats avait porté atteinte au secret des correspondances. L'employeur se pourvoit en cassation. Cette dernière considère que c'est à tort que l'employeur fait grief à la cour d'appel d'avoir violé les articles 9 du Code civil et 9 du Code de procédure civile en écartant des débats une pièce provenant de l'ordinateur professionnel mis à la disposition de la salariée.

## **2/ Nécessité de caractériser l'abus du droit d'agir**

**Civ. 2e, 28 janv. 2016, n° 14-20.726**

La Cour de cassation réaffirme qu'il appartient au juge qui condamne le demandeur à payer une amende civile pour procédure abusive de caractériser l'abus dans l'exercice du droit d'agir en justice. Dans le cadre de cette espèce, les juges du fond ont rejeté la demande de dommages-intérêts pour procédure abusive formée par les intimés au motif que les appelants avaient pu légitimement croire au bien-fondé de leur action en garantie. Toutefois, elle condamne les appelants au paiement d'une amende civile pour procédure abusive, car ils avaient formé une demande de sursis à statuer en considération d'une procédure pénale parallèle, alors que cette procédure avait déjà abouti à une décision définitive de condamnation. La Haute cour considéra que la cour a statué par des motifs contradictoires et

impropres à caractériser l'abus dans l'exercice du droit d'agir en justice. L'abus de droit d'agir en justice est envisagé par l'article 32-1 du Code de procédure civile qui dispose que « *celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés* ». Spécifiquement à l'appel, l'article 559 du Code de procédure civile affirme qu'« *en cas d'appel principal dilatoire ou abusif, l'appelant peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui lui seraient réclamés* ». S'agissant d'une restriction au droit d'agir en justice, la Cour de cassation impose que les juges du fond caractérisent l'abus (Civ. 2e, 29 janv. 1986, n° 83-16.232). Or en l'espèce, la cour d'appel ne pouvait pas condamner les appelants à une amende civile alors que pour rejeter la demande de dommages-intérêts pour procédure abusive formée par les intimés elle avait retenu que les emprunteurs avaient pu légitimement croire au bien-fondé de leur action en garantie.

## **3/ Délai de dépôt des conclusions en appel et point de départ**

**Civ. 2e, 21 janv. 2016, n° 14-29.207**

Dans le cadre de cet arrêt, la Haute cour affirme que le délai de deux mois, prévu par l'article 909 du Code de procédure civile, imparti à l'intimé pour conclure commence à courir à compter de la date de l'avis de réception électronique de la notification des conclusions de l'appelant effectué par le réseau privé virtuel des avocats. Ici, l'appelant pouvait justifier avoir adressé via RPVA ses conclusions au conseil de l'intimé. En effet, l'appelant avait versé aux débats l'avis de réception de l'envoi. Or, l'intimé ne pouvait justifier d'aucun dysfonctionnement du RPVA. Les juges du fond, confirmant l'ordonnance du Conseiller de la mise en état, en ont donc déduit que les conclusions l'intimé, intervenues après l'expiration du délai de deux mois prévu par l'article 909 du Code de procédure civile, étaient irrecevables. Au soutien de son pourvoi, l'intimé affirmait que cet accusé de réception « *n'est pas de nature à justifier de l'effective réception de celles-ci par le destinataire* ». La Cour de cassation rejette le



pourvoi en affirmant que « *le délai de deux mois imparti par l'article 909 du code de procédure civile à l'intimé pour conclure court à compter de la date de l'avis de réception électronique de la notification des conclusions de l'appelant par le moyen du [RPVA], émis par le serveur de messagerie e-barreau de l'avocat constitué par l'intimé, qui tient lieu de visa par la partie destinataire au sens de l'article 673 du code de procédure civile* ». La seule possibilité offerte aux parties pour échapper à la sanction est la démonstration d'un dysfonctionnement conformément à l'article 930-1, alinéa 2, du Code de procédure civile.

#### **4/ Délai en appel pour déposer son dossier avec les pièces visées par les conclusions**

**Civ. 2e, 7 janv. 2016, n° 14-29.019**

La Cour de cassation réaffirme, au visa des articles 16 et 912 du Code de procédure civile que l'obligation faite aux parties de déposer à la cour d'appel leurs dossiers, comprenant les copies des pièces visées dans les conclusions et numérotées dans l'ordre du bordereau récapitulatif, quinze jours avant la date fixée pour l'audience de plaidoiries, n'est pas sanctionnée par une irrecevabilité ou une exclusion des pièces non remises. Confirmant un jugement, la cour d'appel a relevé que l'appelant n'a communiqué aucune pièce à l'appui de ses écritures, la mettant ainsi dans l'impossibilité d'apprécier la pertinence de son appel, son dossier n'ayant été communiqué à la cour d'appel de manière trop tardive au regard des règles de procédure civile. Cette appréciation est rejetée par la Haute cour au visa des articles 16 et 912 alinéa 3 du Code de procédure civile. Aux termes de ce dernier, « *Dans tous les cas, les dossiers, comprenant les copies des pièces visées dans les conclusions et numérotées dans l'ordre du bordereau récapitulatif, sont déposés à la cour quinze jours avant la date fixée pour l'audience de plaidoiries.* ». L'objectif de ce délai de quinze jours est de permettre à la cour de prendre connaissance du dossier en amont de l'audience des plaidoiries. Néanmoins, le Code de procédure civile ne prévoit aucune sanction en cas de non-respect de ce délai par les parties. En l'espèce, le dossier de pièces avait été remis après l'audience de plaidoirie. En application de

l'article 16 du Code de procédure civile, « *le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction* » et « *il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement* ». Ainsi, le juge doit inviter les parties à s'expliquer sur l'absence de pièces et les fournir lorsqu'elles figurent sur le bordereau de communication des pièces annexé aux conclusions (Civ. 1re, 22 nov. 2007, n° 05-14.047). Au final, il est indifférent que les pièces soient communiquées à la cour dans le cadre du délibéré. La cour a l'obligation de les prendre en considération.

## Procédure Pénale

### Morgane WERNER

#### Juriste

#### **1/ La constitutionnalité de la détention provisoire prolongée affirmée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, Crim. QPC, 26 janvier 2016, N°15-86.808**

La privation de liberté doit rester une exception. Cette exception s'apprécie avec une acuité d'autant plus singulière que l'on se situe dans la phase d'instruction, alors qu'aucune déclaration de culpabilité n'est intervenue. Pour respecter ce principe cardinal, le législateur a entouré la détention provisoire de nombreuses garanties. Subsidaire par rapport au contrôle judiciaire ou à l'assignation à résidence sous surveillance électronique, elle doit en outre être le seul moyen de parvenir à l'un des objectifs listés par le législateur. Plus encore, la détention provisoire est strictement encadrée dans le temps. Pour autant, certaines exceptions sont concédées par le législateur qui prévoit une détention provisoire allongée lorsque des infractions graves ou complexes sont commises. C'est précisément ce régime dérogatoire qui a été contesté. En effet, l'article 145-1 du Code de procédure pénale, en ce qu'il permet de porter la durée de la détention provisoire à deux

années « lorsqu'un des faits constitutifs de l'infraction a été commis hors du territoire national ou lorsque la personne est poursuivie pour trafic de stupéfiants, terrorisme, association de malfaiteurs, proxénétisme ou pour une infraction commise en bande organisée et qu'elle encourt une peine de 10 ans d'emprisonnement » a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité examinée par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 26 janvier 2016. Le requérant fait valoir que la disposition porte atteinte aux articles 7 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 lesquels « garantissent l'interdiction de toute rigueur non nécessaire dans les mesures d'instruction ». Il considère en outre que la disposition porte « une atteinte excessive à la liberté individuelle garantie par l'article 66 de la Constitution au regard des objectifs de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions poursuivis par le législateur ».

Les hauts conseillers écartent la question prioritaire de constitutionnalité aux motifs que cette dernière est dépourvue du caractère nouveau comme du caractère sérieux. Pour ce faire, les hauts magistrats se fondent principalement sur trois points. Ils relèvent ainsi tout d'abord la stricte circonscription de la possibilité de recourir à la détention provisoire prolongée, laquelle est limitée aux infractions les plus graves, mais aussi les plus complexes, telles que listées dans le texte. Par exemple, les infractions commises en bande organisée nécessitent souvent des investigations lourdes, s'étalant dans le temps et occasionnant ainsi un maintien en détention plus long. La Chambre criminelle souligne ensuite que même allongée, la durée de la détention provisoire ne saurait excéder une durée raisonnable, limitée à laquelle elle reste soumise. Enfin les hauts conseillers relèvent qu'il est toujours possible de mettre un terme à la détention provisoire, par le biais d'une demande de mise en liberté, laquelle ne peut être refusée que par une ordonnance motivée, mais aussi par la voie de l'appel.

En refusant de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité aux Sages de la rue Montpensier, la Chambre criminelle de la Cour de cassation affirme indirectement la constitutionnalité de la détention provisoire prolongée.

## **2/ La CEDH se prononce à nouveau sur le suicide en prison, Cour européenne des Droits de l'Homme, Isenc contre France, Requête n° 58828/13**

Les faits ayant donné lieu à la présente décision sont simples, mais tragiques. Un individu est incarcéré en détention provisoire dans le cadre d'une information judiciaire ouverte des chefs de violences volontaires ayant entraîné une incapacité de plus de 8 jours, violation de domicile et entrée et séjour irrégulier d'un étranger sur le territoire français. Signalé par le juge d'instruction sur la notice individuelle comme potentiellement suicidaire, notamment parce que cette incarcération était la première, le détenu a fait l'objet d'une attention particulière par l'administration pénitentiaire dans le cadre du parcours arrivant. Ce dernier a notamment été signalé, à l'issue de l'audience arrivant réalisée par un lieutenant, aux services du SMPR et de l'UCSA. Douze jours après son incarcération, le détenu se suicide dans sa cellule. L'enquête judiciaire ouverte pour recherche des causes de la mort aboutit à un classement sans suite.

Le requérant, père du défunt, a saisi le tribunal administratif de Bordeaux, lequel a exclu tout manquement de l'administration pénitentiaire à son obligation d'assurer la sécurité du détenu et a énoncé qu'elle n'avait commis aucune faute dans l'organisation du service. Il considère également que les conditions de détention du fils du requérant, placé dans une cellule de 9 m<sup>2</sup> avec deux autres détenus n'était pas à l'origine de son suicide. Ce jugement est confirmé par la Cour administrative d'appel de Bordeaux.

Le requérant saisit alors la Cour européenne des droits de l'homme de la présente affaire et considère qu'il y a eu une violation de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme consacrant le droit à la vie. Il indique notamment que la fragilité de son fils était connue de l'administration pénitentiaire comme le risque de passage à l'acte suicidaire et que l'ensemble des mesures ayant permis de l'éviter n'ont pas été prises.

Les juges européens se saisissent de la présente affaire pour rappeler le contenu de l'article 2 de la Convention. En effet, dans le cadre de cet article les États supportent une double obligation positive et négative. Ainsi, les états

doivent d'une part s'abstenir de provoquer volontairement la mort et d'autre part prendre toute mesure nécessaire à la protection de la vie. Cette obligation positive est toutefois limitée à certaines situations. Appliqué au risque de suicide en détention, cet article et son interprétation jurisprudentielle imposent une obligation positive lorsque « *les autorités savaient ou auraient dû savoir sur le moment qu'existe un risque qu'un individu donné attente à sa vie* ». Lorsque ce risque est identifié, les autorités doivent prendre les mesures nécessaires pour éviter qu'il ne se réalise.

En l'espèce, le suicide du détenu est arrivé très peu de temps après son arrivée en détention, alors que la période suivant l'incarcération est identifiée et reconnue comme une période critique. Les juges se livrent ensuite à la délicate évaluation de la connaissance par l'administration pénitentiaire et de l'adéquation des mesures mises en place. Ils relèvent que la fragilité et le risque suicidaire de la personne détenue avaient été signalés tant par le juge d'instruction dans la notice individuelle que par le gradé ayant effectué l'audience arrivant. Ils relèvent ensuite que des mesures spécifiques ont été mises en place lesquelles se décomposent en deux temps, le premier dans le quartier arrivant et le second lors du placement en cellule avec deux autres détenus. Dans le premier temps, l'individu a été signalé aux services de santé de l'établissement pénitentiaire, une surveillance spécifique, dont les modalités ne peuvent pas être déterminées à ce stade a été mise en place et la situation du détenu a été examinée par la commission pluridisciplinaire unique. Dans le second temps, une surveillance spécifique consistant en des rondes toutes les heures a été mise en place. La Cour européenne des droits de l'homme considère que la seule mise en place des mesures de surveillance est insuffisante pour considérer que l'administration a déployé l'ensemble des moyens à sa disposition pour empêcher le suicide de la personne détenue. Pour cela, elle se fonde notamment sur la circulaire de la direction de l'administration pénitentiaire qui indique elle-même que la surveillance seule est insuffisante en pareil cas et peut même s'avérer contre-productive. La Cour souligne également qu'aucun suivi médical approprié n'a effectivement été mis en place.

Se faisant, elle ne peut que constater une violation par la France de l'article deux de la Convention européenne des droits de l'homme. Cet arrêt invite à une réflexion sur la collaboration existante entre les différents acteurs judiciaires, pénitentiaires et médicaux intervenant dans le cadre d'une incarcération. Ainsi, si leurs missions diffèrent, elles doivent assurément se combiner en un objectif commun, la protection de la sécurité et de la vie de la personne détenue.

## Droit pénal Elizabeth HERTRICH Juriste

### **1/ Condamnation pour diffamation : pas de violation de l'article 10 de la Convention par la France**

**CEDH, Prompt contre France, 3 décembre 2015, requête n° 30936/12**

Cette affaire s'inscrit dans le contexte de l'affaire dite « *Grégory* », qui continue de défrayer la chronique française. Le requérant, avocat de Bernard Laroche, publie le 17 février 2007, un livre intitulé « *affaire Grégory : la justice a-t-elle dit son dernier mot ?* ».

Les époux Villemin, parents du petit Grégory, assignent le requérant, l'éditeur et la société d'édition pour diffamation, pour vingt-huit passages de ce livre. Les défendeurs sont reconnus coupables de diffamation, pour avoir imputé à Monsieur Villemin le fait d'avoir voulu tuer un autre protagoniste de l'affaire et d'avoir tué Bernard Laroche sous les yeux de son fils (deux passages du livre). Ces derniers interjettent appel de la décision. Ce jugement est confirmé, en partie, par la Cour d'appel de Paris le 7 avril 2010. Les juges du fond considèrent qu'un troisième passage du livre est également diffamatoire. Il s'agit de celui qui insinuait que les époux Villemin s'étaient constitués parties civiles uniquement par stratégie. Un pourvoi en cassation est formé par le requérant. Au soutien de ses prétentions, il invoque l'article 10 de la Convention qui

protège la liberté d'expression. Dans un arrêt du 4 novembre 2011, la première chambre civile de la Cour de cassation casse et annule la décision de Cour d'appel (Civ. 1<sup>re</sup>. 4 novembre 2011, n°10-19.381). Elle infirme la position des juges du fond, qui avaient considéré comme diffamatoire, le troisième passage du livre, relatif à la constitution de partie civile des époux Villemin. En revanche, elle confirme le caractère diffamatoire des deux autres passages.

Le requérant, après avoir épuisé les voies de recours internes, saisit la Cour européenne des droits de l'homme et invoque une atteinte à sa liberté d'expression protégée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Selon lui, son livre et plus spécifiquement les propos incriminés traitent d'un sujet d'intérêt général, à savoir un dysfonctionnement du système judiciaire français. De telle sorte que sa liberté d'expression ne peut être limitée qu'en cas d'abus particulièrement caractérisés.

Pour être possible, la restriction à la liberté d'expression doit être prévue par la loi, poursuivre un but légitime et être nécessaire dans une société démocratique.

Les deux premières conditions ne prêtent pas à controverse entre les parties. En l'espèce, cette restriction est en effet prévue par les articles 29 et 32 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de presse. En outre, elle poursuit un des buts légitimes énoncés par le paragraphe 2 de l'article 10, à savoir la protection de la réputation ou des droits d'autrui. Faisait ici débat, le fait de savoir si cette ingérence est nécessaire dans une société démocratique.

Dans son arrêt *Delfi AS contre Estonie*, requête n° 64569/09, les juges européens ont ainsi pu préciser que « *l'adjectif nécessaire, au sens de l'article 10§2 implique un besoin social impérieux* ». Si les États bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour qualifier l'existence d'un tel besoin, reste un contrôle européen. La Cour européenne des droits de l'homme examine l'affaire dans son ensemble pour déterminer si l'ingérence litigieuse est proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs invoqués par les autorités nationales apparaissent « *pertinents et suffisants* ».

De prime abord, les juges européens donnent raison au requérant en déclarant qu'il s'exprime

bien sur un sujet relevant de l'intérêt général, en raison « *non seulement de l'attention que le public portait à l'affaire Grégory, mais aussi des questions que cette affaire soulevait sur le plan du fonctionnement de justice* ».

En conséquence de quoi, la marge d'appréciation des États se trouve restreinte. Ensuite, la Cour européenne des droits de l'homme constate que la juridiction de second degré a « *méticuleusement* » motivé son arrêt concernant le manque de prudence du requérant lors de ses accusations. Elle souligne que les juridictions internes ont examiné « *avec minutie* » la cause du requérant et qu'elles ont « *dûment mis en balance les intérêts en présence* ». Elle note ainsi que seuls deux passages du livre du requérant ont été jugés comme diffamatoires, alors que vingt-huit passages étaient en cause. En outre, concernant le principe selon lequel un certain manque de modération est permis lorsque l'on s'exprime sur un sujet d'intérêt général (CEDH *Mamère contre France*, requête n° 12697/03), les juges de Strasbourg écartent son application, eu égard à la nature des faits. Ils précisent qu'il ne peut être invoqué pour « *justifier l'affirmation d'une intention meurtrière qui n'est pourtant qu'une hypothèse et l'ajout de circonstances factuelles dont l'exactitude n'est pas établie (...)* ». Enfin, la Cour rappelle que la nature et la lourdeur des sanctions infligées sont des éléments à prendre en considération lorsque l'on évalue la proportionnalité de l'ingérence. Elle constate ainsi que le requérant n'a pas été condamné à une sanction pénale. Les juges européens tirent comme conséquence de l'ensemble de ces constatations, la non-violation, par la France, de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

## **2/ Lutte contre le gaspillage alimentaire : absence de vol des denrées alimentaires périmées laissées dans les poubelles des supermarchés**

**Crim. 15 décembre 2015, pourvoi n° 14-84.906**

À l'heure où le projet de loi sur le gaspillage alimentaire vient d'être adopté, la décision commentée présente un intérêt certain. En plus d'apporter une solution nouvelle sur la question du vol des denrées alimentaires périmées laissées dans les poubelles des supermarchés,

elle est en cohérence avec l'évolution législative.

Les faits de l'espèce sont des plus communs. La directrice d'une enseigne de supermarché est poursuivie du chef de vol, pour avoir soustrait des produits périmés qui avaient été mis à la poubelle du magasin dans l'attente de leur destruction. Elle est relaxée en première instance. Le procureur de la République et la partie civile interjettent appel de la décision. La Cour d'appel la déclare coupable de vol. Elle est condamnée à une peine de 1 000 euros d'amende avec sursis et au paiement de la somme de 500 euros, au titre du préjudice matériel. La prévenue soutenait que l'infraction ne pouvait pas être caractérisée, dans la mesure où les biens appréhendés constituaient des « *res derelictae* », autrement dit, des choses abandonnées et comme telles, insusceptibles de vol. Cette argumentation ne convainc pas la Cour d'appel. Selon elle, la société avait clairement manifesté sa volonté de demeurer propriétaire des biens jusqu'à la destruction effective de ceux-ci. Au soutien de leur argumentation, les juges du fond évoquent deux éléments. Tout d'abord, le règlement intérieur du supermarché qui interdit d'utiliser des marchandises appartenant à l'entreprise. Ensuite, une note interne à l'entreprise, du 16 septembre 2009, qui rappelle les termes de l'article R. 112-25 du Code de la consommation, qui interdit « *de distribuer, même à titre gratuit, des denrées alimentaires comportant une date limite de consommation, dès lors que cette date est dépassée* » et qui précise également « *qu'il est interdit de consommer au sein du magasin des produits périmés ou destinés à la casse appartenant à l'entreprise, que ce soit de manière individuelle ou collective* ». La solution de la Cour d'appel n'a rien d'atypique. Les condamnations pour vol de denrées

alimentaires périmées sont légion (pour un exemple récent TC de Montpellier, 3 février 2015). L'apparente constance de la jurisprudence sur ce point ne dissuade pas la prévenue de former à pourvoi devant la Chambre criminelle de la Cour de Cassation.

Les hauts conseillers sanctionnent les juges du fond, en faisant de ces denrées des « *res derelictae* ». La Cour de cassation affirme que l'entreprise avait clairement manifesté son intention d'abandonner les produits périmés, qui étaient devenus impropres à la commercialisation, en les retirant de la vente et en les mettant à la poubelle dans l'attente de leur destruction. De telle sorte que l'infraction de vol ne peut pas être constituée. Elle ajoute que, si le règlement intérieur interdisait en effet à la salariée de les appréhender, cette interdiction était sans incidence sur la nature réelle de ces biens. Cette règle répondait à un autre objectif que la préservation des droits du propriétaire légitime, s'agissant du respect par le magasin des prescriptions d'ordre purement sanitaire de l'article R. 112-25 du Code de la consommation.

Cet arrêt qui ne manquera pas d'être commenté ajoute une pierre à l'édifice de la lutte contre le gaspillage alimentaire. Ainsi, le projet de loi qui vient d'être adopté par le Sénat le 3 février 2016 prévoit notamment de mettre fin à la javellisation des invendus. Le texte prévoit également que les moyennes ou grandes surfaces de plus de 400m<sup>2</sup> devront s'efforcer de prévenir tout gaspillage alimentaire ou d'utiliser les denrées alimentaires invendues soit en faisant un don, soit en les destinant à la nourriture animale ou à la fabrication de compost pour l'agriculture ou à une valorisation énergétique. Elles devront en outre conclure des conventions avec des organisations caritatives.

---

# CRISP

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation

---