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

N°30 – Janvier 2017

Sommaire

L'édito	p. 3
L'actualité	p. 4

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.*



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

Le CRISP dispose désormais d'une chaîne Youtube, cliquez sur l'image :



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.

Édito

« Rien ne contribue plus à l'attachement mutuel que la faculté du divorce : un mari et une femme sont portés à soutenir patiemment les peines domestiques, sachant qu'ils sont maîtres de les faire finir ».

Montesquieu, Lettres persanes

En droit civil, le mariage n'est plus, depuis 1884, indissoluble. En effet, les époux peuvent rompre leur union pour l'avenir en divorçant. Selon le Code de civil de 1804, le mariage a une importance toute particulière, il est en effet l'institution fondatrice de la famille et le reste encore aujourd'hui, même s'il est de plus en plus concurrencé par d'autres formes d'unions. Compte tenu de l'importance de ses effets, le mariage est une institution marquée par l'ordre public. Il obéit à des conditions de formation très rigoureuses toujours sanctionnées par la nullité. De même, la dissolution du mariage, au-delà de la mort d'un époux, obéit à une procédure contrôlée par le juge, qu'est le divorce. Toutefois, une importante controverse s'est instaurée sur la nature juridique du mariage entre contrat et institution. Actuellement, si l'on s'attache aux réformes récentes et notamment celle du 18 novembre 2016, il faut désormais pencher vers une analyse contractuelle du mariage.

L'évolution du divorce a été mouvementée. Pour ne s'attacher qu'à la période contemporaine, en 2001, la loi du 11 juillet 1975 n'a plus semblé adaptée à l'évolution des mœurs. Ainsi, pour certains, il était nécessaire de déjudiciariser le divorce et il avait été proposé d'instaurer une sorte de désunion en mairie. Néanmoins, les enjeux que représentent les conséquences patrimoniales et personnelles du divorce ont alimenté l'opposition à ces différentes propositions, lesquelles ont finalement été abandonnées lors de l'adoption de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce. En 2008, l'idée de privatiser et de contractualiser le mariage a de nouveau été posée. En effet, il a été proposé d'introduire le démariage devant notaire. Toutefois, la commission dirigée par le professeur Serge GUINCHARD a rejeté cette proposition.

L'idée d'un divorce sans juge a finalement été concrétisée par la loi sur la Justice du XXI^e siècle du 18

novembre 2016. Ainsi, un nouveau cas de divorce fait son entrée dans le Code civil à l'article 229 : le divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang de minutes d'un notaire. Ce nouveau cas de divorce est applicable depuis le 1^{er} janvier 2017 et son régime juridique figure au sein des articles 229-1 et suivants du Code civil.

Au-delà du changement symbolique se cache une véritable évolution, voire une révolution du droit du divorce. Cela traduit le déclin du mariage, du moins son aspect institutionnel. En effet, ce qui permettait de distinguer le mariage des autres formes d'union, le concubinage et le PACS c'était le caractère judiciaire de la procédure de divorce. Désormais, le nouveau divorce par consentement mutuel sort totalement des prétoires et relève exclusivement du droit des contrats. Il devient donc un contrat parmi d'autres et il y a tout lieu de penser que le nouveau droit des contrats lui sera entièrement applicable, sauf les dispositions qui seront par nature inconciliables avec le divorce, comme l'exception d'inexécution ou la clause résolutoire sur le divorce lui-même... Enfin, cela va dans le sens, toujours plus affirmé d'un droit au divorce comme composante de la liberté matrimoniale. Finalement, ce type de divorce devrait permettre au juge de se concentrer sur les divorces les plus complexes et d'accélérer les procédures de divorce, en écartant les divorces les plus simples.

Franck TOURET
Enseignant de Droit civil

Actualité

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Enseignant de Droit privé

La loi Badinter ne s'applique pas à un accident survenu à un passage à niveau
Civ. 2e, 17 novembre 2016, pourvoi n° 15-27.832

Si présent arrêt n'a certes pas le mérite de l'originalité, il a celui de la clarté, ce qui lui vaut sans doute d'être publié au bulletin. Dans cet arrêt, la Haute juridiction était pour la « énième » fois interrogée sur le point de savoir si les dommages survenus à un véhicule automobile percuté par un train à l'occasion de la traversée d'un passage à niveau devaient être indemnisés sur le fondement de la loi du 5 juillet 1985 dédiée aux accidents de la circulation.

Et la Cour de cassation de répondre comme à son habitude par la négative à cette question (V. déjà Civ. 2e, 17 mars 1986). Le raisonnement des hauts conseillers est sans ambiguïtés : le passage à niveau est seulement traversé par le véhicule automobile. Celui-ci ne circule pas sur la voie ferrée, qui constitue donc une voie propre pour la circulation du train. Or, l'article 1er de la loi de 1985 qui détermine le champ d'application de ce régime d'indemnisation exclut les accidents survenus sur de telles voies propres.

La solution est d'autant classique qu'en matière d'accidents survenus sur un passage à niveau, le débat judiciaire s'était déplacé ces dernières années sur la question du partage de responsabilité entre la SNCF et l'automobiliste. Précisément, en pareilles circonstances, la responsabilité de la SNCF se trouve engagée sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1er en ce qu'il porte le principe général de responsabilité du fait des choses. La Cour de cassation a constamment souligné

que c'est vainement que la SNCF invoquerait la faute de l'automobiliste comme constitutive d'un cas de force majeure (Civ. 2e, 10 novembre 2009 ; Civ. 2e, 3 mars 2016).

Lorsque le dol rencontre l'erreur sur la rentabilité

Civ. 1re, 3 novembre 2016, pourvoi n°15-24886

On le sait quand les résultats prévisionnels établis à partir des documents que le franchiseur à communiquer au franchisé ne sont pas atteints et que l'exploitation du franchisé ne se révèle pas rentable dans les conditions convenues, le franchisé a la possibilité d'invoquer l'erreur sur la rentabilité pour espérer la nullité du contrat de franchise (Com. 4 octobre 2011). On le sait aussi : ce chemin judiciaire plein d'espoir pour le franchisé n'est pas aisé à parcourir, n'est pas la panacée et n'offre pas toutes les garanties de succès (V. la jurisprudence de la Cour de cassation en 2013, 2014 et 2015 mesurant la portée de l'action en nullité pour erreur sur la rentabilité).

Reste une autre voie de succès pour le franchisé, un autre fondement pour obtenir la nullité : le dol. Encore faut-il pour cela démontrer que les résultats prévisionnels s'avèrent erronés en raison de la tromperie du franchiseur. Tel est le cas en l'espèce : la société Y, dirigée par Monsieur X, conclut un contrat de franchise avec la société S, franchiseur. Face aux résultats déficitaires et extrêmement décevants de l'exploitation, le franchisé assigne le franchiseur en nullité. Voilà une hypothèse classique d'erreur sur la rentabilité, pourrions-nous légitimement penser. Et pourtant, l'action est fondée sur l'article 1116 du Code civil, ancienne assiette du dol, vice du consentement. En effet, le franchisé fait valoir que le franchiseur ne lui avait pas communiqué les statistiques commerciales et les performances des autres établissements du réseau et ne l'avait pas informé de la fermeture des autres enseignes

du réseau dans la même zone commerciale. Le franchiseur avait au surplus communiqué des éléments erronés quant aux raisons de l'échec du précédent franchisé installé au même endroit et quant aux conséquences sur la réputation de l'enseigne commerciale sur le secteur. La société Y, le franchisé, obtient des juges du fond la nullité du contrat pour dol.

Le franchiseur se pourvoit en cassation arguant notamment que l'absence de rentabilité était la conséquence non de son manque d'information, mais de circonstances extérieures et/ou propres à la gestion du franchisé. Soulignons qu'il s'agit désormais des habituels arguments de défense des franchiseurs pour résister à une action en nullité fondée sur l'erreur sur la rentabilité. Cependant, ces moyens ne prospèrent pas devant les hauts conseillers, qui les repoussent allègrement dans le cadre de l'action fondée sur le dol. En effet, la Cour régulatrice approuve les juges du fond d'avoir déduit des manquements du franchiseur, l'inexécution de son obligation de sincérité sur des données nécessairement déterminantes du consentement du franchisé, et des informations erronées et dénuées de sérieux transmises, la volonté délibérée du franchiseur de tromper le consentement de son cocontractant. En bref, le présent arrêt offre une belle démonstration d'un dol par réticence et mensonges ayant provoqué une erreur sur la rentabilité.

Le mineur personnellement responsable

Civ. 2e, 20 octobre 2016, pourvoi n°15-25.465

Certains acquis méritent d'être rappelés : la minorité et le discernement d'un enfant sont indifférents à l'engagement de la responsabilité personnelle d'un mineur sur le fondement de l'article 1382 devenu 1240 du Code civil. L'affirmation a été formulée sous la forme de principe par la Cour de cassation dans les importants arrêts Derguini et Lemaire (Ass. plén. 9 mai 1984, 2 arrêts – soulignons que, dans ces arrêts, c'est au titre de la faute de la victime que ces principes ont été énoncés ; demeure que cela n'a aucune incidence sur l'indifférence de la minorité et du discernement).

Le présent arrêt se situe donc dans un fil jurisprudentiel établi : en l'espèce, une personne accueillie à son domicile un mineur, pris en charge par une association. Le mineur agresse l'accueillant qui agit en responsabilité à l'encontre du mineur et de l'association. Le débat se cristallise sur la possibilité d'agir contre le mineur lorsque la victime demande au juge d'ordonner une mesure d'expertise médicale destinée à évaluer son préjudice. Les juges du fond refusent de faire droit à la demande de la victime considérant que la victime ne pouvait agir qu'à l'encontre de l'association et non de l'auteur de l'agression, car s'il était devenu majeur depuis les événements, il était mineur au moment des faits.

Saisie, la Cour de cassation ne pouvait que censurer : non seulement la minorité n'exclut pas la responsabilité pour faute personnelle, mais encore la possibilité d'engager la responsabilité d'autres personnes n'exclut pas davantage la responsabilité personnelle du mineur. Sur ce point également, la jurisprudence est connue. Dans un arrêt de 2008, la responsabilité d'un mineur avait été engagée en même temps que la responsabilité de l'association qui en avait la charge (Crim. 8 janvier 2008). Dans un arrêt de 2014, la responsabilité personnelle de l'enfant avait été engagée solidairement avec celle de ses parents (Civ. 2e, 11 septembre 2014).

Responsabilité pour faute d'un établissement de santé

Civ. 1re, 28 septembre 2016, pourvoi n° 15-16.117

Cette décision de la Cour de cassation met en évidence le mécanisme de responsabilité prévue par les lois du 4 mars 2002 et du 30 décembre 2002, en matière d'infection nosocomiale. L'article L. 1142-1, I du Code de la santé publique dispose, en son alinéa 1er que « Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des

conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute », tandis que l'alinéa 2 du même article prévoit que « Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère ». Si l'interprétation de ces textes ne pose au regard de leur lettre aucune difficulté, il apparaît des difficultés évidentes lorsqu'il s'agit de les combiner avec l'article L. 1142-1-1, lequel dispose, en son 1°, que « Les dommages résultant d'infections nosocomiales dans les établissements, services ou organismes mentionnés au premier alinéa du I de l'article L. 1142-1 correspondant à un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique supérieur à 25 % déterminé par référence au barème mentionné au II du même article, ainsi que les décès provoqués par ces infections nosocomiales ».

Autrement dit, ce dernier texte prévoit en cas de dépassement d'un seuil d'atteinte à l'intégrité de la personne que la solidarité nationale joue aux fins de réparations des préjudices consécutifs à une infection nosocomiale. L'ONIAM est alors en charge de cette indemnisation. Le présent arrêt répond à la question de savoir si la victime peut elle-même agir contre l'établissement de santé et à quelles conditions. Dans un arrêt précédent (Civ. 1re, 9 avril 2014), la Cour régulatrice avait considéré au regard l'article L. 1142-1-1, que la victime ne saurait agir contre l'établissement de santé. Seule l'ONIAM disposant d'une telle action. Cette décision avait surpris et par suite avait fait l'objet de critiques non seulement au regard des règles traditionnelles qui gouvernent l'intérêt à agir, mais aussi au regard de l'objectif d'indemnisation qui domine la matière.

Dans le présent arrêt du 28 septembre 2016, la Cour de cassation montre sa sensibilité à ces critiques. Elle décide que « même lorsque les dommages résultant d'une infection nosocomiale ouvrent droit, en raison de leur gravité, à une indemnisation au titre de la solidarité nationale, sur le fondement de l'article L. 1142-1-1, 1°, qui exclut l'application du régime de responsabilité de plein droit

prévu à l'article L. 1142-1, I, alinéa 2, la responsabilité de l'établissement où a été contractée cette infection comme celle du professionnel de santé, ayant pris en charge la victime, demeurent engagées en cas de faute ». Ainsi, la présente décision offre deux enseignements principaux : d'une part, il est souligné que l'application de l'article L. 1142-1-1 exclut celle de l'article L. 1142-1, I, alinéa 2 ; d'autre part, que l'application de l'article L. 1142-1-1 n'exclut pas celle de l'article L. 1142, I, alinéa 1er. In fine, la Cour régulatrice offre un dernier enseignement : « sont également recevables, dans un tel cas, les demandes d'indemnisation des proches de la victime (...) ».

Responsabilité d'une agence de voyages – articulation entre le droit spécial et le droit commun

Civ. 1re, 28 septembre 2016, pourvoi n° 15-17.033

Déjà le contentieux consécutif à l'éruption du volcan Eyjafjallajökull avait été l'occasion pour la Cour de cassation de s'intéresser à l'articulation des dispositions du Code du tourisme avec les règles du droit commun de la responsabilité issues du Code civil (Civ. 1re, 8 mars 2002 ; Civ. 1re, 17 octobre 2002). C'est une nouvelle fois à propos d'un volcan – quoique celui-ci ne soit pas entré éruption – que la Cour régulatrice poursuit sa construction en la matière.

En l'espèce, une personne – par ailleurs, médecin de profession – conclut avec une agence de voyage un contrat de séjour en Équateur. Au cours d'une excursion vers un volcan comprise dans la convention, le contractant décède d'une maladie liée à l'altitude. Ses ayants-droit agissent en indemnisation de leurs préjudices personnels. Les juges du fond leur font partiellement droit en relevant le manquement de l'agence de voyage à son obligation d'information relativement aux dangers de l'excursion et condamnent l'agence de voyage à réparer 25 % du préjudice subi. Insatisfaits de cette indemnisation partielle, les ayants droit se pourvoient en cassation. Ils affirment notamment que les juges auraient dû, en application de l'article L. 211-16 du Code du

tourisme, relever la responsabilité de plein droit de l'agence de voyage.

La Cour de cassation rejette le pourvoi au regard de la lettre même de la disposition spéciale ; en effet, l'article L. 211-16 du Code du tourisme dispose, in limine, que « Toute personne physique ou morale qui se livre aux opérations mentionnées à l'article L. 211-1 est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat (...) ». Ainsi, selon la Haute juridiction, le bénéfice de cette disposition est réservé à l'acheteur lui-même et non à ses ayants droit. Autrement dit, la responsabilité de plein droit prévue par le texte spécial ne peut être invoquée que par la victime directe et non les victimes par ricochet. Seul le droit commun peut donc fonder l'action de ces dernières. Partant, les hauts conseillers décident que les ayants droit doivent, pour obtenir réparation de leurs préjudices personnels, agir sur le fondement de la responsabilité délictuelle. Autrement dit, la Cour de cassation renvoie à la mise en œuvre de la solution portée par l'important arrêt *Bootshop*, au terme de laquelle « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage » (Ass. plén. 6 octobre 2006).

Constance de la jurisprudence en matière de faute lourde et de clause limitative de responsabilité

Com. 13 septembre 2016, pourvoi n° 15-10.376

L'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Haute juridiction en date du 13 septembre 2016 se situe dans le prolongement des célèbres sagas *Chronopost* (notamment Ch. mixte, 22 février 2005) et arrêt *Faurecia II* (Com. 29 juin 2010). Il constitue ainsi une parfaite illustration de la critique par le juge des clauses limitatives de responsabilité.

Un contrat portant sur la vente de matériels permettant le remplacement d'une chaudière dans une usine est conclu entre deux sociétés. La livraison du matériel et les quelques réparations sont réalisées avec deux mois de retard. L'acquéreur insatisfait assigne en

responsabilité afin d'obtenir réparation de divers préjudices. Précisément, il invoque la faute lourde du vendeur, afin de lui dénier le bénéfice de la clause limitative de responsabilité stipulée dans le contrat de vente. Les juges du fond font droit à la demande. Au principal, le pourvoi se fonde sur le principe traditionnel issu de la jurisprudence de la Cour de cassation selon lequel le seul retard dans l'exécution et la livraison ne constitue pas à lui seul une faute lourde.

La Cour régulatrice rejette pourtant le pourvoi : s'appuyant sur les constatations des juges du fond, les hauts conseillers les approuvent d'avoir caractérisé une faute lourde dans le comportement du débiteur-vendeur, dès lors que celui-ci a négligé « avec désinvolture, de manière flagrante et répétée, ses obligations pendant plusieurs mois en ne livrant pas le matériel dans les délais convenus et en fournissant un matériel présentant des défauts de conformité constitutifs de risques pour la sécurité ». On sait la Cour de cassation peu encline à une acception étendue de la faute lourde. Sa définition est ainsi entendue de manière restrictive comme le comportement caractérisé « par une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle » (Com. 3 avril 2001). Le présent arrêt de 2016 se situe dans ce fil prétorien : le retard de livraison ne constitue effectivement pas à lui seul une faute lourde, cependant le comportement du débiteur et les circonstances de l'inexécution permettent sa caractérisation. Par suite, le débiteur défaillant ne saurait invoquer le bénéfice de la clause limitative de responsabilité.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Enseignant de Droit privé

La faute séparable des fonctions déduite de la faute pénale intentionnelle (encore)
Com. 6 décembre 2016, pourvoi n° 14-25.626,

Le présent arrêt prend place dans une construction jurisprudentielle initiée par la chambre commerciale de la Haute juridiction dans l'important arrêt Com. 28 septembre 2010, relatif à la responsabilité du dirigeant social à l'égard des tiers. Depuis cette décision de 2010, la faute pénale intentionnelle induit la faute séparable des fonctions, qualification nécessaire à l'engagement par un tiers de la responsabilité civile du dirigeant social d'une société dotée de la personnalité morale. En 2010, la solution était présentée comme un compromis entre les positions divergentes de la chambre criminelle et de la troisième chambre civile de la juridiction judiciaire suprême. Désormais, on le sait, cette solution a été reproduite par la même formation (Com. 9 décembre 2004, Com ; 27 mai 2015) et adoptée par d'autres (Civ. 1re, 3 juin 2015), y compris de manière heureuse par la troisième chambre civile (Civ. 3e, 10 mars 2016). La décision du 6 décembre 2016 ne présente donc guère d'originalité, sinon qu'elle participe davantage encore à la consolidation de cette solution. En l'espèce, des époux commandent à une SARL la construction d'une piscine, qui est livrée avec un certificat de garantie décennale. Quelque temps plus tard, la SARL est mise en liquidation. Des désordres de construction apparaissent, conduisant les époux X à effectuer des travaux de réfection de la piscine. Ils assignent par la suite le gérant de la SARL en paiement des travaux et de dommages-intérêts. Les juges du fond font droit à la demande en relevant la responsabilité civile personnelle du gérant, constatant que le gérant n'avait en réalité pas souscrit pour le compte de la société la garantie décennale obligatoire, qu'il s'agit d'un délit réprimé par le Code des assurances, que cette omission était intentionnelle et que

le gérant avait cherché à la dissimuler en fournissant un certificat de garantie relatif à la fabrication de la piscine, mais pas aux désordres causés par sa mise en place. Le gérant se pourvoit en cassation arguant que le gérant n'était l'auteur que d'un oubli et partant que les conditions de la faute séparable des fonctions n'étaient pas remplies. L'argument est vain : la Cour de cassation rejette le pourvoi, dès lors que le gérant a commis une faute pénale intentionnelle, séparable comme telle de ses fonctions sociales. Ainsi, les hauts conseillers rappellent qu'en présence d'une faute pénale intentionnelle à l'origine d'un dommage causé à un tiers, il n'est plus nécessaire de démontrer la réunion des trois conditions de la faute séparable des fonctions au sens de l'arrêt Seusse (Com. 20 mai 2003). En effet, désormais, la faute séparable des fonctions se déduit avec une certaine automaticité de la constatation de l'infraction pénale intentionnelle. L'engagement de la responsabilité civile du dirigeant à l'égard des tiers s'en trouve grandement facilitée en pareille hypothèse (même si, en l'espèce, les constatations des juges du fond auraient sans doute conduit à caractériser effectivement chacune des conditions de la faute séparable des fonctions).

La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, dite Loi J21... Le nouvel article 2061 du Code civil.

L'article 11 de la loi « J21 » porte le nouvel article 2061 du Code civil, lequel dispose désormais : « La clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée. Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée ». Le mérite du nouveau dispositif réside assurément dans sa première partie, lequel emporte deux précisions : d'une part, la clause doit avoir été acceptée (on ne doute pas que cette précision renvoie aux interrogations sur les contrats d'adhésion et l'entrée en vigueur dans le Code civil de

dispositif de lutte contre les déséquilibres contractuels par la réforme de l'ordonnance du 10 février 2016) ; d'autre part, la clause est opposable aux ayants-cause contractuels (le terme succession est suffisamment large pour englober tous les mécanismes de circulation de l'obligation et de cessions de créance comme de contrat). La seconde partie de l'article interpelle davantage encore : on regrettera qu'après toutes les difficultés rencontrées par la Cour de cassation quant à la détermination des contours de la notion d'« activité professionnelle » dans le cadre de la mise en œuvre de l'ancien article 2061 du Code civil (ex. Civ. 1re, 29 février 2012), la nouvelle disposition n'en précise pas les critères et moment d'appréciation. Toujours sur la seconde partie du texte, l'on relève la formule négative, laquelle tend à considérer que c'est à la partie qui refuse le jeu de la clause compromissoire d'apporter la preuve qu'elle n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle. En théorie, une telle charge de la preuve semble illégitime (c'est à celui qui réclame le bénéfice d'un droit – ici, la clause compromissoire –, d'en démontrer l'existence et le bien-fondé), mais, tous ceux qui connaissent la pratique des tribunaux se rappelleront que l'on procédait déjà ainsi sur le fondement de l'ancien 2061 du Code civil, pour des raisons de cohérence et de pratique processuelles.

La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, dite Loi J21... Des incidences sur la composition et la compétence des tribunaux de commerce.

L'article 95 de la loi porte deux réformes dont l'entrée en vigueur a été repoussée au-delà de la promulgation de la loi. La première, applicable au 31 décembre 2017, prévoit une nouvelle limite d'âge pour les juges des tribunaux de commerce, qui ne pourront siéger au-delà de l'année civile au cours de laquelle ils ont atteint l'âge de 75 ans. La seconde, d'importance, est applicable dès la publication d'un décret à cette fin (devant intervenir avant 2022...) et prévoit que les litiges entre artisans devant les tribunaux de grande instance vont être transférés aux

tribunaux de commerce (à compter de l'entrée en vigueur du décret, les artisans éliront également les juges consulaires). Plus que jamais, il est possible d'affirmer que le droit commercial devient un droit des affaires au sens large. Du seul point de vue de la compétence matérielle, les tribunaux de commerce connaissent toujours plus du contentieux relatif à d'autres acteurs économiques que les seuls commerçants.

La fixation judiciaire du loyer de renouvellement peut être source de complexité quand elle intervient tardivement Civ. 3e, 6 octobre 2016, pourvoi n° 15-12.606

Lorsqu'au terme du bail commercial, les parties ne s'accordent pas sur le loyer de renouvellement, celui-ci est déterminé par le juge après échec d'une vague procédure de conciliation. À cet effet, l'article L. 145-57 du Code de commerce dispose, in limine, que « Pendant la durée de l'instance relative à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé, le locataire est tenu de continuer à payer les loyers échus au prix ancien ».

En l'espèce, alors que le bail a été renouvelé en 2007, le juge n'a fixé le loyer qu'en 2011. Cette fixation ayant été pratiquée à la baisse, le preneur se retrouve créancier du bailleur. Le premier fait pratiquer une saisie-attribution à l'endroit du second. En 2012, au terme d'une période triennale, le preneur met fin au bail commercial. Par suite, le bailleur demande la mainlevée de la saisie, arguant que le preneur a en 2012 exercé son droit d'option et renoncé au bail commercial. Le raisonnement ne convainc ni les juges du fond ni les hauts conseillers : le congé du preneur en 2012 ne saurait s'entendre d'une renonciation au renouvellement du bail. Le preneur est donc fondé à agir en recouvrement et en saisie-attribution en vertu du titre exécutoire que constitue la décision de fixation du loyer.

Rappel relatif à la présomption de commercialité

Com. 27 septembre 2016, pourvoi n° 14-21.964

L'article L. 123-7 du Code de commerce dispose : « L'immatriculation d'une personne physique emporte présomption de la qualité de commerçant. Toutefois, cette présomption n'est pas opposable aux tiers et administrations qui apportent la preuve contraire. Les tiers et administrations ne sont pas admis à se prévaloir de la présomption s'ils savaient que la personne immatriculée n'était pas commerçante ». Ce texte pose ainsi, consécutivement à l'immatriculation au RCS, le principe de la présomption de commercialité, laquelle est simple à l'égard des tiers, irréfragable à l'égard de la personne inscrite.

Un entrepreneur individuel immatriculé au RCS est assigné en liquidation judiciaire devant le tribunal de commerce. Il soulève l'incompétence de cette juridiction arguant qu'il est agriculteur. Il n'est pas suivi par les juges du fond lesquels se sont retranchés derrière la présomption de commercialité de l'article L. 123-7 du Code de commerce.

L'entrepreneur forme sans succès un pourvoi devant la Cour de cassation ; les hauts conseillers décident, en effet, que « pour contester sa qualité de commerçant invoquée par des tiers ou des administrations se prévalant de la présomption instituée par l'article L. 123-7 du code de commerce, la personne immatriculée au registre du commerce et des sociétés doit prouver que ces derniers savaient qu'elle n'était pas commerçante, à défaut de quoi la présomption est irréfragable contre cette personne ». Autrement dit, le caractère irréfragable de la présomption peut être contourné par la personne immatriculée si elle démontre que celui qui se prévaut de la présomption savait qu'elle n'avait pas la qualité de commerçant. Cet arrêt n'offre pas une solution nouvelle, mais a le mérite de rappeler un principe déjà retenu par la Cour de cassation (Com. 7 décembre 1983). En l'espèce, la Haute juridiction relève que l'entrepreneur ne démontre pas que

l'administration ne savait pas qu'il n'exerçait pas une activité commerciale.

Rappel de l'exigence d'immatriculation au RCS pour bénéficiaire du droit au renouvellement du bail

Civ. 3e, 22 septembre 2016, pourvoi n° 15-18.456

L'immatriculation au RCS du commerçant est traditionnellement une condition d'application du statut des baux commerciaux au sens des articles L. 145-1 et suivants du Code de commerce. Cependant, la Cour de cassation a atténué la portée de la sanction du non-respect de cette condition : dans un arrêt de 2003, les hauts conseillers ont ainsi décidé que le non-respect de la condition d'immatriculation par l'exploitant du fonds de commerce réside dans l'impossibilité pour lui de se prévaloir du droit au renouvellement du bail, prévu aux articles L. 145-8 et suivants du code (Civ. 3e, 1er octobre 2003 : dans cet arrêt, la Haute juridiction se fonde sur l'article L. 145-17 au terme duquel le bailleur peut refuser au preneur le bénéfice du droit au renouvellement du bail).

En l'espèce, ayant reçu une demande en ce sens, le bailleur refuse au preneur le renouvellement du bail, lui proposant une indemnité d'éviction. Face à l'inertie du preneur, le bailleur agit en acquisition de clause résolutoire, en résiliation du bail aux torts exclusifs du preneur et en déchéance de l'indemnité d'éviction au regard du défaut d'immatriculation au RCS du preneur au vu de l'activité réellement exercée dans les lieux par ce dernier.

La cour d'appel déboute sur ce dernier point le bailleur ; en effet, selon les conseillers d'appel, à la date de demande de renouvellement, le preneur était effectivement immatriculé au RCS et effectuait l'activité pour laquelle elle était inscrite. Ce n'est que par la suite que le preneur a modifié son activité et n'a pas régularisé son inscription au RCS. Ce faisant, les juges du fond n'ont retenu que l'obligation d'immatriculation qui, elle, était respectée et non la teneur de l'inscription. Au surplus, la cour d'appel souligne que le bailleur n'a pas

mis en demeure le preneur de régulariser cette inscription.

La Cour de cassation censure l'arrêt d'appel, sur le fondement des articles L. 145-1, L. 145-8 et L. 145-17 du Code de commerce : « la dénégation du droit au statut des baux commerciaux en raison du défaut d'immatriculation n'a pas à être précédée d'une mise en demeure et alors qu'elle avait constaté que [le preneur] était immatriculée au registre du commerce et des sociétés au titre d'une activité qui n'était pas celle réellement exercée dans les lieux loués ». Autrement dit, la Cour régulatrice exige pour reconnaître au preneur le droit au renouvellement du bail, non seulement son immatriculation, mais encore une immatriculation conforme à l'activité exercée. Si la décision semble logique, elle apparaît toutefois particulièrement sévère à l'égard du preneur et tout aussi favorable pour le bailleur. Assurément, une telle solution ouvre une nouvelle voie de contestation du droit au renouvellement du bail dont les bailleurs ne vont pas manquer de se saisir judiciairement à l'avenir.

L'usufruitier de droits sociaux peut se voir priver du droit de participer aux décisions collectives

Civ. 3ème, 15 septembre 2016, pourvoi n°15-15172

L'article 1844 alinéa 3 du Code civil réserve le droit de voter la décision d'affectation des bénéfices à l'usufruitier. On ne saurait déroger conventionnellement à ce droit sur le fondement de l'alinéa 4 du même texte, lequel prévoit pourtant la faculté générale de moduler les droits et obligations du nu-proprétaire et de l'usufruitier (Com. 22 février 2005).

Ce n'est pas la seule limite à la liberté conférée par l'alinéa 4 du texte : dans le célèbre arrêt De Gaste, la Cour de cassation avait affirmé que, quand bien même il est possible de priver le nu-proprétaire de son pouvoir de vote, il ne saurait être privé du droit de participer aux décisions collectives disposé à l'article 1844 alinéa 1er, qui est d'ordre public (Com. 4 janvier 1994, De Gaste).

Le présent arrêt se situe au carrefour de ces précédents prétoriens puisque la Cour de cassation était interrogée sur le point de savoir si l'usufruitier peut se voir priver du droit de participer aux décisions collectives. Et la réponse de surprendre en partie au moins : l'usufruitier ne bénéficie pas de la garantie offerte par l'article 1844 alinéa 1er, pourtant d'ordre public. En l'occurrence, les juges ont relevé que l'usufruitier avait été privé du droit de participer à une décision collective portant, non sur l'affectation des bénéfices, mais sur la vente d'un immeuble de la société.

Plusieurs questions surgissent à l'aune de cette décision : si la décision avait porté sur la décision d'affectation des bénéfices, la solution aurait-elle été la même ? La réponse est sans doute négative, mais sur quel fondement ? Celui du droit des biens (art. 582 et suivants du Code civil) ou sur celui du droit des sociétés (art. 1844 alinéa 1er qui aurait alors étrangement un caractère d'ordre public en fonction de son objet) ?

Enfin, et ce n'est pas la moindre des constatations, cet arrêt rappelle qu'en 2017, nous connaissons encore des difficultés à définir la notion d'associé et à en dresser les contours, spécialement en cas de démembrements de droits sociaux.

Rejet de la faute séparable des fonctions.

Civ. 2e, 30 juin 2016, pourvoi n°15-18.639

Alors que le contentieux en matière de responsabilité civile du dirigeant à l'égard des tiers s'est cristallisé ces dernières années sur l'hypothèse de la faute pénale intentionnelle et les incidences de cette qualification sur celle de faute séparable des fonctions, il est toujours intéressant de rappeler l'hypothèse où la faute reprochée au dirigeant social n'est pas une faute pénale intentionnelle. En pareil cas, le tiers ne peut engager la responsabilité civile du dirigeant social qu'à la condition de faire la démonstration d'une faute séparable des fonctions au sens de l'arrêt Seusse (Com. 20 mai 2003). La présente décision est un rappel de cette exigence. En l'occurrence, la société F. souscrit auprès d'une société d'assurances un contrat garantissant l'incapacité temporaire et l'incapacité permanente totale de ses salariés. Quelques

années plus tard, le directeur commercial de la société F. est victime d'un accident. La société d'assurances refuse le versement des indemnités prévues au contrat, arguant du non-paiement des cotisations par l'employeur, ayant conduit à la réalisation du contrat de garantie. Après avoir vainement recherché la garantie de la société d'assurances, le directeur commercial recherche la responsabilité du dirigeant de la société F. arguant que c'est par la faute de celui-ci (le non-paiement des cotisations) que son préjudice a été établi (l'impossibilité de percevoir les indemnités). Au soutien de sa demande, il invoque des fondements propres au droit des sociétés, mais aussi – et, c'est ce qui nous intéresse présentement – le droit commun de la responsabilité civile délictuelle. Les juges du fond le déboutent de ses prétentions arguant que le paiement des cotisations ne relève pas des pouvoirs propres du dirigeant. La formule des conseillers d'appel étant maladroite, le directeur commercial se saisit de l'occasion pour former son pourvoi et affirmer que le constat des juges du fond n'interdit pas de voir dans le comportement du dirigeant une faute séparable des fonctions de nature à établir la responsabilité du dirigeant social. Demeure que la Cour de cassation n'est pas davantage sensible à ses demandes, dès lors que les faits rapportés font « ressortir que la faute alléguée était celle de la société et ne caractérisait pas une faute des dirigeants, séparable de leurs fonctions, seule susceptible d'engager leur responsabilité vis-à-vis d'un tiers ». Autrement, dit les conseillers de la deuxième chambre civile écarte toute idée de faute séparable des fonctions de la part du dirigeant, dès lors que la faute est en réalité celle de la société et non du dirigeant. Il est vrai que c'est la société qui est débitrice du paiement de la dette contractuelle. À bien comprendre, notamment en matière d'assurances, il convient de distinguer la non-souscription d'une assurance et le défaut de paiement des cotisations d'assurances ; la première est susceptible d'être une faute du dirigeant (et même d'être une faute pénale intentionnelle du dirigeant), la seconde n'est qu'une faute de la société (ce qui exclut la responsabilité personnelle du dirigeant).

Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Enseignant de Droit privé

Report des effets du divorce

Civ. 1re, 4 janvier 2017, n° 14-19.978

Dérogeant au principe de l'application de la date fixée en fonction du cas de divorce, l'article 262-1 alinéa 2 du Code civil dispose qu'« À la demande de l'un des époux, le juge peut fixer les effets du jugement à la date à laquelle ils ont cessé de cohabiter et de collaborer ». Cet article autorise le juge, lorsqu'un époux en fait la demande, à les reporter à la date à laquelle les époux ont cessé de cohabiter et de collaborer. La Cour de cassation contrôle la notion de collaboration et de cohabitation, même si les juges du fond apprécient souverainement la cessation de toute cohabitation et collaboration (Civ. 1re, 8 déc. 1981).

En l'espèce, les époux ont consulté ensemble un médecin en octobre et novembre 2006, ont continué à alimenter le compte joint jusqu'en janvier 2007, ont établi une déclaration de revenus commune, se sont concertés au cours de l'automne 2006, s'agissant de la gestion de leur résidence secondaire, et enfin, que l'époux ne s'est pas opposé à ce que le notaire, désigné en application de l'article 255, 10^o, du Code civil, propose en son rapport, de reporter les effets du divorce. En considération de ces données, les juges du fond ont décidé de reporter la date des effets du divorce au 5 avril 2007, date de l'ordonnance de non-conciliation.

Toutefois, la Cour de cassation censure les juges du fond pour violation de l'article 262-1 du Code civil. Concrètement le fait de réaliser une déclaration commune de revenus, de continuer à faire fonctionner un compte joint ou de gérer un bien indivis n'est pas constitutif d'une collaboration. Aussi, seule l'existence de relations patrimoniales entre les époux, résultant d'une volonté commune et allant au-delà des obligations découlant du

mariage ou du régime matrimonial, caractérise le maintien de leur collaboration au sens de l'article 262-1 du Code civil. Un acte de collaboration au sens de l'article 262-1 du Code civil doit résulter d'une volonté commune, non d'une nécessité.

Nullité du mariage pour inceste entre alliés en ligne directe

Civ. 1re, 8 décembre 2016, n° 15-27.201

Les empêchements à mariage sont prévus pour des raisons de moralité. Il y a des tabous qui ne sauraient être franchis. Ainsi, l'article 161 du Code civil affirme qu'« En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne ». Toutefois, l'article 164 du Code civil précise qu'« il est loisible au Président de la République de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées par l'article 161 aux mariages entre alliés en ligne directe lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée ».

En l'espèce, deux ans après la dissolution de son mariage, un homme épouse la fille de son ex-femme. Huit ans plus tard, au décès de l'époux, le mariage prend fin. Sur le fondement de l'article 161 du Code civil, les héritiers de l'époux assignent l'épouse aux fins de voir prononcer la nullité du mariage. Les juges du fond font droit à cette demande et un pourvoi est formé. Dans le cadre de ce dernier, sont invoqués d'une part l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, au motif que l'empêchement de l'article 161 Code civil porterait une atteinte disproportionnée à son droit de se marier et, d'autre part, l'article 8 Convention européenne des droits de l'homme au motif que l'annulation de son mariage constituerait une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale.

Toutefois, la Cour de cassation rejette le pourvoi. Elle affirme « qu'aux termes de l'article 161 du Code civil, en ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne ; que, selon l'article 184 du même code, tout mariage contracté en contravention à ces dispositions peut être attaqué, dans un délai

de trente ans à compter de sa célébration, par tous ceux qui y ont intérêt ». Sur le fondement de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Haute cour considère que le droit de se marier des intéressés n'a pas été atteint, dès lors que leur mariage a été célébré sans opposition et qu'ils ont vécu maritalement jusqu'au décès de l'époux. Ainsi, en prononçant la nullité du mariage, les juges du fond n'ont pas méconnu les exigences conventionnelles. Ensuite, sous l'angle de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, elle affirme que l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale que constitue l'annulation d'un mariage entre alliés en ligne directe poursuit un but légitime en ce qu'elle vise à sauvegarder l'intégrité de la famille et à préserver les enfants des conséquences résultant d'une modification de la structure familiale. Néanmoins, il appartient au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en œuvre de ces dispositions ne porte pas au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par la Convention une atteinte disproportionnée au regard du but légitime poursuivi. En l'espèce, les juges du fond ont considéré que l'annulation du mariage ne constituait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale. Trois ans auparavant, la Cour de cassation avait refusé d'annuler un mariage célébré entre un beau-père et sa bru en violation de l'art. 161 c. civ., la Cour de cassation avait, sur moyen relevé d'office, estimé que « le prononcé de la nullité du mariage [...] revêtait, à l'égard de [la veuve], le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale, dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans » (Civ. 1re, 4 déc. 2013, n° 12-26.066). En conclusion, il convient désormais de déterminer en quoi, en l'espèce, l'annulation d'un mariage litigieux serait susceptible de porter atteinte, ou non, au droit à la vie privée et familiale des intéressés.

Évaluation de la prestation compensatoire et allocation compensatrice tierce personne allouée à l'enfant

Civ. 1re, 7 décembre 2016, n° 15-28.990

L'article 271 du Code civil fixe une liste d'éléments à prendre en considération pour aider le juge dans son travail d'évaluation de la prestation compensatoire. Toutefois, cette liste n'est pas limitative et le contentieux sur cette question est riche.

Les juges du fond, pour limiter le montant de la prestation compensatoire allouée à une épouse, les juges comptabilisent, dans ses revenus, l'allocation compensatrice tierce personne allouée à l'enfant majeur du couple. Ils considèrent que cette allocation est une aide à l'emploi d'une tierce personne et qu'ainsi, l'épouse se trouve rémunérée pour l'assistance qu'elle apporte à sa fille.

Toutefois, la Cour de cassation affirme que pour l'évaluation de la prestation compensatoire, l'allocation compensatrice tierce personne allouée à l'enfant majeur handicapé du couple n'entre pas dans le revenu du parent qui assume la charge de cet enfant. Cette allocation est destinée à couvrir les besoins de l'enfant afin de pallier son défaut d'autonomie et ne constitue donc pas une source de revenus pour la mère. La solution est dans la lignée de la jurisprudence antérieure. En effet, les prestations destinées aux enfants ne constituent pas un revenu pour le parent qui les perçoit (Civ. 1re, 15 févr. 2012 n° 11-11.000 pour des allocations familiales ou Civ. 1re, 6 mars 2013 pour une contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant). L'allocation tierce personne est strictement destinée à la personne handicapée; elle n'est pas un revenu de l'aidant familial.

Conséquence de l'établissement de la paternité sur la contribution à l'éducation

Civ. 1re, 9 novembre 2016, n° 15-27.246

L'établissement du lien de filiation emporte des conséquences personnelles et patrimoniales. Néanmoins, il convient de distinguer nettement les conditions de recevabilité de l'action en recherche de

paternité et les effets de cet établissement, comme le rappelle la Haute cour par cet arrêt. En l'espèce, une personne majeure fait judiciairement établir sa filiation paternelle et obtient une contribution pour son entretien et son éducation à compter de son assignation et jusqu'à la fin de ses études. En revanche, sa mère, qui agissait également, est déboutée de sa demande de contribution à l'entretien et l'éducation depuis la naissance de sa fille. Pour les juges du fond, l'action en recherche de paternité ayant été engagée par l'enfant devenue majeure, la mère est désormais sans qualité pour réclamer une contribution à l'entretien et l'éducation, seul l'enfant devenu majeur pouvant exercer cette action.

Toutefois, la Cour de cassation censure les juges du fond en affirmant que la recevabilité de l'action en contribution à l'entretien n'est pas subordonnée à celle de l'action en recherche de paternité et les effets d'une paternité légalement établie remontent à la naissance de l'enfant. La censure est prononcée au visa des articles des articles 331 et 371-2 du Code civil. Selon le premier, le juge saisi d'une action en recherche de paternité statue, s'il y a lieu, sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Pour autant, il ne faut pas en déduire que la recevabilité de la demande de pension est liée à celle de l'action relative à la filiation. En effet, selon le second article, chacun des parents doit contribuer à l'entretien des enfants. En conséquence, chacun d'eux dispose d'un droit personnel à obtenir une contribution à l'entretien et l'éducation (Civ. 2e, 26 sept. 2002 n° 01-12.075). Ainsi, celui qui a assumé seul leur charge dispose d'un recours contre l'autre (Civ. 2e, 6 mars 2003 n° 01-14.664). À cela, il convient d'ajouter que si les effets d'une paternité judiciairement déclarée remontent à la naissance de l'enfant et si la règle « aliments ne s'arrangent pas » ne s'applique pas à l'obligation d'entretien, l'action en paiement d'une contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant est soumise à la prescription quinquennale (Civ. 1re, 25 mai 2016 n° 15-17.993). Dès lors, la mère ne pourra demander qu'un arriéré de 5 ans de pension.

Demande de mainlevée d'une tutelle, le certificat médical n'est pas obligatoire

Civ. 1re, 9 nov. 2016, n° 14-17.735

L'article 431 du Code civil pose une exigence à peine d'irrecevabilité : la demande tendant à l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire doit être accompagnée d'un certificat circonstancié rédigé par un médecin choisi sur une liste établie par le procureur de la République. Néanmoins, cette exigence ne semble s'appliquer qu'à l'ouverture d'une mesure de protection, tel n'est pas le cas dans le cadre d'une demande de mainlevée d'une tutelle.

En l'espèce, une femme née le 7 septembre 1971 a été placée sous tutelle par un jugement du 24 février 1992. Sa mère demande la mainlevée de la mesure. La cour d'appel avait déclaré irrecevable la demande de mainlevée de la mesure de protection présentée par la mère d'une majeure protégée au motif qu'elle ne produisait aucun certificat médical à l'appui de sa demande.

La Haute censure la cour d'appel pour violation des articles 442, alinéas 3 et 4 du Code civil, ensemble l'article 431 du Code civil. Elle affirme que la production d'un certificat médical n'est pas une condition de recevabilité de la demande de mainlevée d'une tutelle. En effet, l'exigence, à peine d'irrecevabilité de la demande, d'un certificat médical circonstancié établi par un médecin inscrit sur la liste du procureur de la République (art. 431 C. civ.), se limite à l'hypothèse dans laquelle l'ouverture, le renouvellement ou l'aggravation de la mesure est en cause. En conséquence, la Cour de cassation pose une distinction. D'une part, dans le cadre d'une demande d'ouverture d'une mesure de protection, ou de renforcement de celle-ci, il résulte de l'article 431 du Code civil, auquel renvoie l'article 442, alinéa 4 du Code civil, que la demande doit être accompagnée d'un certificat médical circonstancié rédigé par un médecin inscrit sur la liste établie par le procureur de la République, « à peine d'irrecevabilité ». D'autre part, dans le cadre d'une demande de renouvellement à l'identique de la mesure (et sans changement de durée), ou d'allègement, ou encore, comme en l'espèce, de mainlevée,

pour lesquelles l'article 442 n'exige pas d'autre condition médicale que le juge statue « au vu d'un certificat médical », qui peut être rédigé par n'importe quel médecin, y compris non inscrit sur la liste évoquée ci-dessus. Les textes ne reprenant pas l'expression « à peine d'irrecevabilité », la Cour de cassation en déduit que la production de ce certificat médical n'est donc pas une condition de recevabilité de la demande.

Procédure civile

Franck TOURET

Enseignant de Droit privé

Les amis Facebook et l'impartialité

Civ. 2e, 5 janvier 2017, n° 16-12.394

Dans le cadre d'une action disciplinaire engagée par le bâtonnier du barreau de Paris, un avocat avait déposé une requête en récusation mettant en cause l'impartialité de six membres de la formation de jugement du conseil de l'Ordre appelée à statuer sur l'action disciplinaire. Il invoquait le fait que ces personnes figuraient, sur le réseau social Facebook, dans la liste des « amis » de l'auteur des poursuites, ce qui correspondait, selon lui, à l'« amitié notoire » entre le juge et l'une des parties visée dans la liste, non exhaustive, de l'article L. 111-6, 8° du Code de l'organisation judiciaire. Était également invoqué l'article préliminaire du Code de procédure pénale qui prévoit, dans son alinéa 2, que la procédure garantit la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement.

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi. En effet, selon cette dernière « c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la pertinence des causes de récusation alléguées que la cour d'appel a retenu que le terme d'"ami" employé pour désigner les personnes qui acceptent d'entrer en contact par les réseaux sociaux ne renvoie pas à des relations d'amitié au sens traditionnel du terme et que

l'existence de contacts entre ces différentes personnes par l'intermédiaire de ces réseaux ne suffit pas à caractériser une partialité particulière, le réseau social étant simplement un moyen de communication spécifique entre des personnes qui partagent les mêmes centres d'intérêts, et en l'espèce la même profession ». Tout au plus, l'« amitié » sur les réseaux sociaux pourrait constituer un indice pertinent de partialité, si elle s'accompagnait d'autres éléments de nature à établir une proximité.

L'office du juge confronté à une question de fond dont dépend la compétence

Civ. 2e, 5 janvier 2017, n° 15-27.953

Dans le cadre de cette espèce, une société avait dénoncé le contrat aux termes duquel elle confiait à un particulier la mission de promouvoir auprès de sa clientèle ses produits, son image et son savoir-faire. Le particulier assigne la société devant le tribunal de commerce pour se voir reconnaître le statut d'agent commercial et avoir paiement d'une indemnité. Toutefois, le tribunal de commerce accueille l'exception d'incompétence soulevée par la société, qui se prévaut d'une clause attributive de compétence au profit d'un autre tribunal de commerce. Le particulier forme un contredit contre ce jugement. La cour d'appel fait droit au contredit et renvoie les parties devant le tribunal de commerce initialement saisi. Elle considère que la clause attributive de compétence ne pouvait, sauf à préjuger de la nature du contrat, lui être opposée. La société forme alors un pourvoi.

Au visa des articles 5, 49, 77 et 80 du Code de procédure civile, la Cour de cassation censure la cour d'appel. Elle considère que pour trancher l'exception d'incompétence soulevée dans l'affaire dont il est saisi, le juge statue, si nécessaire, sur les questions de fond dont dépend sa compétence. D'abord, l'article 48 du Code de procédure civile, précise les clauses attributives de compétence ne sont valables qu'entre commerçants ayant contracté en cette qualité. En l'espèce, il convenait donc de déterminer la qualité de commerçant du particulier, car en dépend la validité de la clause et par extension la

compétence du tribunal de commerce. La qualité d'une des parties avait également une incidence sur la voie de recours : le contredit ou l'appel. Selon l'article 80 du Code de procédure civile, le contredit est ouvert lorsque le juge a statué sur la compétence sans statuer sur le fond. Il en va également ainsi lorsqu'il s'est déclaré incompétent ou lorsqu'il a retenu sa compétence et a sursis à statuer au fond, qu'il ait ou non ordonné en plus une mesure d'instruction ou une mesure provisoire (al. 2), qu'il ait eu ou non à trancher une question de fond dont dépendait la compétence (al. 1er in fine) : ici la qualité de commerçant ou non. Il faut alors respecter l'article 77 qui précise que, « lorsqu'il ne se prononce pas sur le fond du litige, mais que la détermination de la compétence dépend d'une question de fond, le juge doit, dans le dispositif du jugement, statuer sur cette question de fond et sur la compétence par des dispositions distinctes ». De la combinaison de ces textes résulte donc l'obligation faite au juge de trancher la question de fond dont dépend la compétence.

Péremption de l'instance et délais de mise en état

Civ. 2e, 16 décembre 2016, n° 15-26.083

Civ. 2e, 16 décembre 2016, n° 15-27.917

La péremption d'instance suscite un contentieux riche. Ainsi, par deux arrêts du 16 décembre 2016, la deuxième chambre civile vient préciser le régime des diligences. La péremption d'instance sanctionne, par l'extinction de l'instance, la passivité procédurale des plaideurs. Selon les termes de l'article 386 du Code de procédure civile, « l'instance est périmée lorsqu'aucune des parties n'accomplit de diligences pendant deux ans ». Pour éviter l'écoulement de ce délai, les parties doivent accomplir des diligences, c'est-à-dire accomplir des actes de procédure (constitution d'avocat, conclusions...) selon les formes et dans les délais requis.

Dans la première affaire (15-26.083), au visa des articles 2 et 386 du Code de procédure civile, la Cour de cassation vient rappeler que la péremption d'instance ne trouve à s'appliquer que lorsque les parties ont à

accomplir des diligences au cours de la procédure. En effet, à compter de la fixation de la date des débats, les parties n'ont plus à accomplir de diligences de nature à faire progresser l'instance, de sorte que le délai de péremption se trouve suspendu.

Dans la seconde affaire (15-27.917), toujours au visa des articles 2 et 386 du Code de procédure civile, elle considère « qu'à compter de la fixation (...) de la date des débats, les parties n'[ont] plus à accomplir de diligences de nature à faire progresser l'instance de sorte que le délai de péremption se trouvait suspendu ». Néanmoins, elle précise que la mention « à fixer » n'équivaut pas à la fixation par le conseiller de la mise en état si bien que les parties qui n'avaient pas pris d'initiative pour faire avancer l'instance ou obtenir une fixation s'exposaient à la sanction de la péremption qui, précise la Cour, ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au procès équitable. Ainsi, pour la Cour de cassation, la péremption de l'instance d'appel est acquise si le conseiller de la mise en état ne fixe pas l'affaire et que les parties, même après avoir régulièrement notifié leurs conclusions, ne prennent pas entre temps l'initiative de faire avancer l'instance ou d'obtenir une fixation pour plaider.

Allégation de partialité en présence de décisions antérieures du juge saisi

Civ. 2e, 24 novembre 2016, n° 16-01.646

En l'espèce, un requérant soupçonne de partialité une cour d'appel, qui doit statuer sur une ordonnance du juge de la mise en état du tribunal de grande instance. Le requérant dépose une requête en suspicion légitime, dirigée contre la juridiction en son entier en visant la partialité de chacun de ses membres. Il faisait notamment valoir qu'elle n'a pas respecté le principe de la contradiction, qu'elle a raccourci, en sa défaveur, le calendrier de procédure et que l'objet du litige ne correspondait pas aux compétences dévolues à la chambre saisie de l'affaire. Il demande donc le renvoi du dossier devant une autre cour d'appel, dans le cadre d'une requête en suspicion légitime. Néanmoins, elle est rejetée par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation le 24 novembre 2016.

En effet, elle considère que « Le défaut d'impartialité d'une juridiction ne peut résulter du seul fait qu'elle ait rendu une ou plusieurs décisions défavorables à la partie demanderesse à la récusation ou favorables à son adversaire ». Déjà, la même année, la Haute cour avait affirmé que « le fait qu'un juge se soit déjà prononcé dans un litige procédant d'un contentieux sériel n'est pas en soi de nature à porter atteinte à son impartialité pour connaître des autres litiges de ce même contentieux » (Civ. 2e, 7 avr. 2016, n° 15-16.091, BMA 27/29, p. 12).

Signification à une personne morale

Civ. 1re, 12 octobre 2016, n° 15-14.896

Lorsqu'une personne morale possède plusieurs établissements, le lieu de signification suscite des incertitudes et donc du contentieux. La jurisprudence « des gares principales » admet traditionnellement qu'en cas de multiplicité de succursales, la signification peut valablement être faite au sein de l'une d'elles, pour peu qu'il s'agisse d'une véritable succursale et que le litige soit en lien avec ladite succursale.

En l'espèce, un commandement de payer des loyers arriérés a été délivré par la bailleuse. Celui-ci visait la clause résolutoire insérée au bail. Le bailleur a assigné le preneur aux fins de constatation de l'acquisition de cette clause et de paiement de diverses sommes provisionnelles. Toutefois, le preneur a soulevé la nullité du commandement de payer, de l'assignation et par extension de la procédure. Il prétendait que le commandement de payer et l'assignation dirigée contre le preneur n'avaient pas été signifiés à personne, mais avaient été délivrés par voie de signification à domicile, sans que l'huissier de justice ait tenté de signifier à personne au lieu du siège social. Les juges du fond ont rejeté ses demandes de nullité.

Confirmant la solution des juges du fond, la Cour de cassation considère que « la notification destinée à une personne morale de droit privé est faite au lieu de son établissement et (...) l'huissier instrumentaire n'est pas tenu de se présenter au siège social pour parvenir à une signification à personne ». En rappelant les règles applicables à la

matière, la Cour de cassation rejette toute confusion entre le lieu de la signification et les modalités de la signification. En effet, la notification destinée à une personne morale de droit privé est faite au lieu de son établissement et que l'huissier instrumentaire n'est pas tenu de se présenter au siège social pour parvenir à une signification à personne.

Droit pénal

Elizabeth HERTRICH

Juriste

Contrôle de l'exigence de motivation spéciale du prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme

3 arrêts, Crim. 29 novembre 2016, pourvoi n° 15-86.712, 15-83.108 et 15-86.116

La motivation spéciale des décisions de justice, notamment en matière pénale, continue d'alimenter la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation. Par trois arrêts, dont la Haute juridiction entend donner toute la publicité, les hauts conseillers ont rappelé et précisé le contenu de l'article 132-19 du Code pénal. Dans sa rédaction issue de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014, le texte impose au juge, qui prononce en matière correctionnelle une peine d'emprisonnement sans sursis, d'en justifier la nécessité au regard de la gravité de l'infraction, de la personnalité de son auteur et du caractère manifestement inadéquat de toute autre sanction. Il n'est tenu, selon le troisième alinéa du même texte, de spécialement motiver sa décision au regard de la situation matérielle, familiale et sociale du prévenu que pour refuser d'aménager la peine d'emprisonnement sans sursis d'une durée n'excédant pas deux ans, ou un an en cas de récidive légale.

Dans un premier arrêt d'abord (Crim. 29 novembre 2016, pourvoi n° 15-86.712), la Chambre criminelle censure sur un point la décision de la Cour d'appel qui, pour prononcer une peine de trois ans

d'emprisonnement, retient que la gravité des faits et la personnalité du prévenu rendent nécessaire le prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme et que toute autre sanction serait manifestement inadéquate, « sans s'expliquer sur les éléments de la personnalité du prévenu qu'elle a pris en considération pour fonder sa décision et sur le caractère inadéquat de toute autre sanction ». En l'espèce, la Cour d'appel faisait seulement mention de la gravité des faits de trafic de stupéfiants.

Dans un second arrêt ensuite (Crim. 29 novembre 2016, pourvoi n° 15-83.108), les hauts conseillers donnent raison à la Cour d'appel de ne pas avoir aménagé une peine de quatre mois d'emprisonnement dès lors qu'elle, d'une part, ne disposait d'aucun élément relatif à la situation personnelle du prévenu ; d'autre part, avait dûment motivé l'absence de recours au sursis. Fait important, la Chambre criminelle précise que dans le cas d'espèce, le prévenu n'avait donné lors de son audition en garde à vue, « aucune information précise sur sa situation personnelle et que, bien que régulièrement cité, il n'a comparu ni devant le tribunal, ni devant la Cour d'appel », de sorte que « les juges du fond se trouvaient dans l'impossibilité de prononcer une mesure d'aménagement, faute d'éléments suffisants sur [sa] (le prévenu) situation matérielle, familiale et sociale ». Elle rappelle que « les juges ne sont pas tenus de spécialement motiver leur décision au regard de la situation matérielle, familiale et sociale du prévenu que pour refuser d'aménager la peine d'emprisonnement sans sursis qu'ils prononcent, et non pour justifier la nécessité même d'une telle peine ».

Dans un troisième arrêt enfin (Crim. 29 novembre 2016, pourvoi n°15-86.116), elle réitère cette solution en rejetant le pourvoi du prévenu contre un arrêt l'ayant condamné à un an d'emprisonnement. La Cour régulatrice affirme que les juges du fond ont souverainement jugé que la gravité de l'infraction, la personnalité de son auteur et le caractère manifestement inadéquat de toute autre sanction rendaient nécessaire une peine d'emprisonnement sans sursis et a retenu que les faits de l'espèce, la personnalité du prévenu et sa situation matérielle, familiale et

sociale ne permettaient pas d'aménager ladite peine. Comme précédemment, elle rappelle que l'exigence de motivation spéciale n'incombe qu'au seul refus d'aménagement de peine d'emprisonnement sans sursis, lorsque cette dernière n'excède pas une durée de deux ans, ou un an en cas de récidive.

Harcèlement sexuel : rappel de la nécessité de dater précisément les faits litigieux
Crim. 16 novembre 2016, pourvoi n° 16-82.377

Dans la présente affaire, un homme est poursuivi devant le Tribunal correctionnel du chef de harcèlement sexuel à l'encontre de trois de ses collègues de bureau pour avoir tenu des propos et adopté des comportements revêtant une connotation sexuelle. Il lui ait notamment reproché de s'être quotidiennement adressé à chacune d'elles en employant un vocabulaire et des gestes relevant de l'intimité, d'avoir bloqué l'une d'elle contre un mur en demandant un baiser, d'avoir proposé un rapport sexuel à la cave. L'intéressé est condamné par la Cour d'appel à six mois d'emprisonnement et à 1 500 euros d'amende.

Il forme alors un pourvoi en cassation et soulève à cette occasion une question prioritaire de constitutionnalité sur la conformité de l'article 222-33 du Code pénal à la Constitution. Il soutient que le délit n'est pas défini dans des termes suffisamment clairs et précis et que le texte ne précise pas si le délit de harcèlement sexuel est une infraction d'habitude ou une infraction continue. Par un arrêt du 25 mai 2016 (Crim. 25 mai 2016, pourvoi n° 16-82.377), les hauts conseillers refusent de transmettre au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité, qu'ils ne considèrent pas sérieuse, dès lors que « l'article 222-33 du Code pénal, qui exige la répétition des propos ou comportements à connotation sexuelle, est rédigé en des termes suffisamment clairs et précis pour que l'interprétation de ce texte, qui entre dans l'office du juge pénal, puisse se faire sans risque d'arbitraire ».

En revanche, ils accueillent le pourvoi du prévenu qui soulevait un problème d'application de la loi pénale dans le temps.

Pour ce faire, aux termes d'un raisonnement en deux temps, les hauts conseillers citent le contenu de l'article 222-33 du Code pénal. Reprenant l'argumentaire des juges du fond, ils confirment, dans un premier temps, l'existence de faits de harcèlement sexuel. Dans un second temps, la Cour régulatrice, visant l'article 112-1 du Code pénal, censure finalement la décision de la Cour d'appel. Si la qualification de l'infraction ne fait pas défaut, la Chambre criminelle rappelle que « sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis ». Elle estime que la Cour d'appel, en retenant contre le prévenu des propos ou comportements à connotation sexuelle sans tous les dater, « n'a pas mis la Cour de cassation en mesure de vérifier que ceux qu'elle a pris en compte ont été commis à partir du 8 août 2012 », et ce « alors que l'article 222-33 du Code pénal, dans sa rédaction issue de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, a été abrogé à compter du 5 mai 2012 et que deux des victimes ont été employées du mois de mars 2012 au mois d'octobre 2013, soit pour partie avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 incriminant à nouveau le harcèlement sexuel ». La décision de la Chambre criminelle était attendue. En rendant une solution contraire, elle aurait pris le risque de porter atteinte au sacro-saint principe de non-rétroactivité de la loi pénale, en permettant la sanction de faits antérieurs à la loi du 6 août 2012.

Attentats : propositions d'évaluation des préjudices d'angoisse et d'attente et d'inquiétude des victimes directes et des proches
Livre blanc sur les préjudices subis lors des attentats

Le 7 novembre dernier, 170 avocats du barreau de Paris ont présenté un livre blanc qui porte sur la description et l'évaluation juridique des atteintes subies par les victimes directes et par leurs proches durant les attentats. Ce livre blanc ne concerne que deux types de préjudices, d'une part, le préjudice d'angoisse subi lors des attentats par les personnes présentes sur les lieux, d'autre

part, le préjudice d'attente et d'inquiétude subi par leurs proches pendant les attentats et dans leurs suites immédiates.

Concernant tout d'abord le préjudice d'angoisse, il peut être défini, pour les seules victimes directes comme « le préjudice autonome exceptionnel inhérent à une souffrance supplémentaire distincte et résultant, pour les victimes décédées, de la conscience d'une mort imminente provoquée par un acte terroriste et de l'angoisse existentielle y afférent et, pour les victimes survivantes, de la même angoisse d'une crainte pour son existence qui, dans ce cas, se poursuit après la survenance du dommage et qui est la conséquence du retentissement sur la victime concernée de l'aspect collectif et terroriste du dommage quant à sa propre existence ou celles des autres victimes directes qui l'accompagnaient ». Les auteurs de l'ouvrage ont retenu sept critères d'évaluation du préjudice d'angoisse des victimes directes, il s'agit : de la durée de l'exposition à l'acte terroriste, la déshumanisation, la peur pour ses proches présents sur les lieux, la proximité des éléments de mort, le confinement, la proximité du danger de mort immédiate et enfin le retard de prise en charge pris par les secours. Chacun de ces critères est évalué sur une échelle de cinq degrés d'intensité croissante.

Concernant ensuite le préjudice spécifique d'attente et d'inquiétude des victimes par ricochet, il est défini comme « le préjudice autonome exceptionnel, directement lié aux circonstances contemporaines et immédiatement postérieures aux attentats terroristes eux-mêmes. Il est précisé que celui-ci peut prendre la forme d'un affolement, d'une agitation, d'un effarement ou encore d'une épouvante ». Pour son évaluation, il est proposé une liste indicative et non exhaustive de seize critères, tels que le lien affectif avec la victime directe, le moment de la connaissance de l'attentat, la possibilité ou non d'entrer en contact avec le proche, la fréquence et la teneur des échanges éventuels, etc. Comme précédemment, les rédacteurs de l'ouvrage proposent d'attribuer à chacun d'entre eux un degré d'intensité sur une échelle allant de « faible » à « maximale ».

Soucieux de voir les victimes obtenir « une réparation juste, intégrale et transparente de leurs préjudices », le gouvernement a annoncé le 9 décembre dernier, la constitution d'un groupe de travail sur le traitement de ces préjudices spécifiques. L'objectif est de déterminer avec précision les modalités de prise en compte les plus justes. À cette fin, le groupe de travail, présidé par le professeur Stéphanie PORCHY-SIMON, spécialiste du droit du dommage corporel, aura pour mission à partir notamment d'une analyse du droit existant, de définir ces préjudices et de proposer pour chacun d'eux une méthode d'évaluation. Assurément, ce livre blanc constituera un outil de travail précieux.

Illustration d'une extorsion par contrainte morale

Crim. 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-83892

En l'espèce, les parents d'un élève scolarisé dans un lycée déposent plainte à l'encontre d'un de ses professeurs. Ils expliquent que ce dernier s'est présenté à leur domicile en accusant leur fils de l'avoir agressé dans l'enceinte de l'établissement en projetant dans sa direction une boulette de papier d'aluminium, affirmant avoir été blessé au crâne et continué à subir des séquelles. Le professeur leur avait alors réclamé une indemnisation en brandissant la menace d'un dépôt de plainte, d'une exclusion du lycée et d'un séjour de leur fils en prison. Les époux ajoutent que quelques jours plus tard, ils avaient signé une « convention d'indemnisation » préparée par le professeur et en présence de la compagne de ce dernier. S'ils avaient commencé à payer la somme convenue de 7500 euros sur la base de versements mensuels de 300 euros, ils avaient finalement décidé de porter plainte au motif que le comportement du professeur leur paraissait répréhensible.

Le Tribunal correctionnel saisi des faits déclare le professeur coupable d'extorsions et relaxe son épouse des chefs de complicité d'extorsions. La condamnation est confirmée en appel. Les juges du fond relèvent notamment « qu'au lieu de faire part de ses doléances à son administration », le

professeur « a décidé de se faire justice lui-même », « qu'à l'issue d'une enquête personnelle sur Mathieu Z (l'élève) et sa famille, il s'est rendu à leur domicile et, refusant de simples excuses, a fait pression sur les parents en évoquant un dépôt de plainte, une exclusion du lycée et une possible incarcération, qu'après cette mise en condition, il est revenu peu après avec sa compagne dont la présence avait pour objet d'accroître la pression, ayant préparé une convention d'indemnisation (...) ». Ils ajoutent que le comportement du prévenu a fortement impressionné l'ensemble de la famille, dont l'épouse, récemment victime d'un accident vasculaire cérébral. La Cour en a déduit que seule la contrainte morale exercée par le professeur, qui avait pleinement conscience de la situation des conjoints et de la vulnérabilité de l'épouse, lui a permis d'obtenir une indemnisation excessive au regard du préjudice subi. Mécontent, le prévenu se pourvoit en cassation. Au soutien de ses prétentions, le professeur argue notamment de l'inexistence d'une contrainte au sens de l'article 312-1 du Code pénal. Reprenant plusieurs des observations formulées par la Cour d'appel, les hauts conseillers rejettent le pourvoi formé par le prévenu. Ils considèrent que les juges du fond ont justifié leur décision dès lors que la signature et la remise des fonds ont été déterminées par l'existence d'une contrainte morale exercée en connaissance de cause par le prévenu. Cette décision, peu surprenante soit-elle, permet toutefois de rappeler que la contrainte prévue par l'article 312-1 du Code pénal ne doit pas être comprise comme désignant une pression irrésistible, sur le modèle de l'article 122-2 du même Code. Il s'agit en réalité d'une violence morale, passant notamment par des menaces, comme c'était le cas en l'espèce. On précisera enfin que si la menace d'exercer des poursuites légitimes ne peut être punissable, car il s'agit de l'exercice d'un droit (Crim. 15 juin 1987, Rev. Sc. Crim. 1988, p. 795), ce droit trouve sa limite dans l'abus.

**Application du principe ne bis in idem à des faits de blanchiment et recel d'escroquerie
Crim. 25 octobre 2016, pourvoi n° 15-84.552**

Par cet arrêt, la Chambre criminelle rappelle qu'il découle du principe ne bis in idem que des faits qui procèdent de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable ne peuvent donner lieu, contre le même prévenu, à deux déclarations de culpabilité de nature pénale, fussent-elles concomitantes.

En l'espèce, un homme est poursuivi pour avoir, d'une part, recelé des fonds qu'il savait provenir d'escroqueries commises par sa compagne au préjudice de deux sociétés, d'autre part, apporté son concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversation du produit direct ou indirect du délit d'escroquerie dont sa compagne a été définitivement déclarée coupable. Condamné des chefs de recel et de blanchiment, le prévenu forme un pourvoi en cassation.

Au visa du principe ne bis in idem, la Chambre criminelle casse et annule l'arrêt de la Cour d'appel sur ses seules dispositions portant sur l'infraction de recel, aux peines et sur les intérêts civils. Les hauts conseillers relèvent que « le versement effectué sur le compte du prévenu ne constituait, au moins en partie, qu'une opération préalable nécessaire à l'achat du bien réalisé par ses soins et pour lequel il a été déclaré coupable de blanchiment ».

Malgré la publicité qu'entend donner la Cour de cassation à cette décision, il ne s'en dégage aucune nouveauté, puisque par le passé, la Chambre criminelle avait déjà énoncé une telle solution. Certes, rarement au visa du seul principe ne bis in idem (pour un exemple voir Crim. 6 janvier 1999, pourvoi n°98-80.730), mais plus régulièrement en affirmant l'interdiction du cumul d'infractions pour des mêmes faits, dès lors qu'elles protègent la même valeur sociale, en l'espèce, la propriété.

Caractérisation de la circonstance aggravante de participation à une association de malfaiteurs à but terroriste ayant pour objet la préparation d'un ou plusieurs crimes d'atteintes aux personnes

Crim. 7 octobre 2016, pourvoi n° 16-84.597

Les faits de l'espèce sont relativement récents puisqu'à l'origine de la poursuite des prévenus se trouvent les attentats perpétrés par le dénommé Mohamed Merah. Deux personnes sont renvoyées par ordonnance d'un juge d'instruction devant la Cour d'assises de Paris. Le premier, sous l'accusation notamment de, complicité dans les assassinats à caractère terroriste commis par son frère et de participation à un groupement formé ou une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un acte de terrorisme ayant pour objet de porter volontairement atteinte à la vie ou à l'intégrité de la personne ; le second, sous la prévention de délits connexes d'infractions à la législation sur les armes en relation avec une entreprise terroriste et de participation à un groupement formé ou une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de l'un des actes de terrorisme prévus à l'article 421-1 du Code pénal.

Les prévenus, les parties civiles et le procureur de la République interjettent appel de l'ordonnance du juge d'instruction. Devant la Chambre de l'instruction, le ministère public requiert la requalification de l'association de malfaiteurs reprochée au second prévenu, en crime réprimé par l'article 421-6 du Code pénal, en invoquant notamment la fourniture par celui-ci à l'auteur de l'attaque, d'armes destinées à être utilisées par ce dernier dans son entreprise terroriste ayant pour objet de commettre des assassinats.

Pour refuser de faire droit à cette demande, la Chambre de l'instruction relève d'une part, « qu'aucun élément de la procédure n'établit que [le prévenu] avait été avisé par [l'auteur de l'attaque] de ses projets criminels ou qu'il avait une connaissance indubitable des projets concrets du futur assassin » ; d'autre part, que le prévenu, « connu en tant que « commercial » du quartier, fournissait « un peu tout ce qu'on lui demandait sans perdre son temps à

s'interroger sur l'utilisation qui serait faite du matériel qu'il mettait à disposition » des délinquants ». Toutefois, elle retient à l'encontre de l'intéressé l'existence de charges de s'être associé à une entreprise terroriste, en « fournissant des armes et munitions, un gilet pare-balles et des fonds à [l'auteur de l'attaque] dont il n'ignorait pas sa capacité à commettre des actes en lien avec son idéologie radicale djihadiste ». Un pourvoi en cassation est formé par le procureur général.

Au visa des articles 421-1, 421-2-1 et 421-6 du Code pénal, la Cour de cassation censure l'arrêt de la Chambre de l'instruction sur ce point. Elle rappelle qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions qu'est punissable en tant que crime la participation à un groupement formé ou une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un acte de terrorisme, dès lors qu'il a pour objet de porter volontairement atteinte à la vie ou à l'intégrité de la personne. Les hauts conseillers relèvent « qu'en exigeant, pour retenir la circonstance aggravante prévue par l'article 421-6, 1° du Code pénal, la démonstration de la connaissance précise et concrète, par la personne dont elle retient, par ailleurs, qu'elle aurait participé à un groupement formé ou une entente établie en vue de la préparation d'un acte de terrorisme, du projet d'attenter volontairement à la vie ou à l'intégrité de personnes fomenté par l'auteur, alors que la peine criminelle prévue par ledit texte est encourue par celui qui s'est associé à une telle entreprise terroriste et qu'il est démontré que celle-ci avait pour objet la commission de l'une des infractions énumérées par cette disposition légale, la chambre de l'instruction a méconnu le sens et la portée des textes susvisés ». En d'autres termes, la Haute juridiction affirme que pour retenir la circonstance aggravante prévue 421-6 1° du Code pénal, il suffit de constater le but du groupement ou de l'entente terroriste de commettre des crimes d'atteinte aux personnes, et ce, indépendamment de la démonstration de la connaissance de ce but par la personne poursuivie.

Revirement de jurisprudence : l'objet de l'escroquerie peut porter sur un immeuble
Crim. 28 septembre 2016, pourvoi n° 15-84.485

Cet arrêt de rejet du pourvoi formé par un prévenu condamné pour recel d'escroquerie ainsi que pour abus de biens sociaux et auquel la Cour de cassation entend donner une certaine publicité est promis à de très nombreux commentaires. En effet, il s'inscrit dans un débat qui a donné lieu à de nombreuses décisions, aussi bien en matière d'abus de confiance que d'escroquerie, et qui porte sur l'un des éléments constitutifs du délit d'escroquerie, celui de la nature du bien remis.

L'article 313-1 du Code pénal définit l'escroquerie comme « le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge ». L'objet de l'escroquerie y est défini de manière très large puisque le texte d'incrimination vise « un bien quelconque ». L'examen de la jurisprudence et plus encore, du texte d'incrimination lui-même révèle que l'escroquerie peut très bien porter sur un bien incorporel, ce qui devrait conduire à admettre que l'escroquerie peut se réaliser sur un immeuble. Pourtant, cette solution a toujours été expressément refusée par la jurisprudence, qui considère que ce délit ne peut porter sur un immeuble qu'indirectement, soit en provoquant la remise du titre de propriété de l'immeuble (Crim. 23 janvier 1997, pourvoi n° 96-80729), soit en portant sur le prix lorsque la valeur de l'immeuble est surestimée ou sous-estimée, la victime consentant alors à un acte opérant obligation ou décharge. Ces solutions s'expliquent aisément au regard du résultat de l'escroquerie, dès lors qu'il est difficilement concevable d'envisager la remise d'un immeuble.

L'arrêt du 28 septembre 2016 rompt assurément avec cette conception. Il s'inscrit

dans le mouvement croissant de dématérialisation des biens pouvant faire l'objet d'infractions. En l'espèce, le prévenu crée en 2004 avec son épouse, qui n'était qu'un prête-nom, une société commerciale. Entre 2006 et 2008, il utilise les fonds de cette société pour ses besoins personnels. Il reconnaît également avoir établi un faux testament présentant sa mère comme l'unique ayant droit de son oncle défunt, permettant ainsi à celle-ci d'hériter de ce dernier, outre des sommes versées sur une assurance-vie, d'une villa localisée en Corse dont elle lui fait donation de la nue-propriété. Le tribunal correctionnel le déclare coupable des chefs de recel d'escroquerie et d'abus de biens sociaux. La solution est confirmée en appel. Au soutien de son pourvoi, le prévenu argue notamment que le recel ne peut porter sur un immeuble dès lors que celui-ci ne peut pas être l'objet de l'infraction originaire d'escroquerie. Cet argument ne convainc pas les hauts conseillers qui affirment que « l'escroquerie peut porter sur un immeuble, lequel constitue un bien au sens de l'article 313-1 du Code pénal ». Toute la question est désormais de savoir si cette solution est amenée à s'étendre à d'autres infractions comme celle d'abus de confiance pour laquelle la Chambre criminelle a toujours affirmé qu'elle ne peut porter que « sur des fonds, des valeurs, ou un bien quelconque, à l'exclusion d'un immeuble » (Crim. 10 octobre 2001, pourvoi n° 00-87.605).

Droit administratif
Grégory PORTAIS
Enseignant de Droit
administratif

Port des signes religieux dans l'espace public
CE, 26 août 2016, Ligue des droits de
l'Homme et CE, 26 septembre 2016

Par deux importants arrêts (CE, 26 août 2016, Ligue des droits de l'Homme et CE, 26 septembre 2016, Association de défense des droits de l'homme - Collectif contre

l'islamophobie en France), inégalement médiatisés, le Conseil d'État est venu réaffirmer une position bien établie à l'égard du port des signes religieux dans l'espace public.

Ces deux affaires méritent d'être rapprochées pour en tirer toutes les conséquences.

Dans la première, le maire de Villeneuve-Loubet (Alpes-Maritimes) avait réglementé l'usage des plages de la commune, par un arrêté du 5 août 2016, qui comporte un nouvel article 4.3 aux termes duquel : « Sur l'ensemble des secteurs de plage de la commune, l'accès à la baignade est interdit, du 15 juin au 15 septembre inclus, à toute personne ne disposant pas d'une tenue correcte, respectueuse des bonnes mœurs et du principe de laïcité, et respectant les règles d'hygiène et de sécurité des baignades adaptées au domaine public maritime. Le port de vêtements, pendant la baignade, ayant une connotation contraire aux principes mentionnés ci-avant est strictement interdit sur les plages de la commune ».

Le juge des référés du tribunal administratif de Nice saisi dans le cadre du référé-liberté, statuant en formation collégiale, ayant rejeté la demande d'associations et de particuliers tendant à la suspension de cette interdiction, ceux-ci ont fait appel. Le juge des référés du Conseil d'État, statuant également en formation collégiale, estime sur le fondement des débats lors de l'audience publique que les dispositions de l'arrêté attaqué ont entendu interdire le port de tenues qui manifestent de manière ostensible une appartenance religieuse lors de la baignade et, en conséquence, sur les plages qui donnent accès à celle-ci.

Or, il rappelle que le maire compétent en matière de police générale et de la police de la baignade (art. L. 2212-1, L. 2212-2 et L. 2213-23 du code général des collectivités territoriales), doit concilier l'accomplissement de sa mission en matière d'ordre public avec le respect des libertés garanties par les lois. Il s'agit ici du rappel d'une jurisprudence traditionnelle : la jurisprudence Benjamin (CE, 1933, Benjamin). Il en résulte que les mesures de police que le maire d'une commune du littoral édicte en vue de réglementer l'accès à la plage et la pratique de la baignade doivent

être 1° adaptées, 2° nécessaires et 3° proportionnées au regard des seules nécessités de l'ordre public, telles qu'elles découlent des circonstances de temps et de lieu, et compte tenu des exigences qu'impliquent le bon accès au rivage, la sécurité de la baignade ainsi que l'hygiène et la décence sur la plage.

Ce faisant et sans surprise, il rejette le fondement de la laïcité comme pouvant justifier ladite mesure. C'est alors uniquement à l'aune de l'ordre public que la légalité de la mesure devait être analysée. En somme, la question posée était alors celle de savoir si le port du Burkini pouvait être considéré comme constituant une atteinte à cet ordre public.

Faisant là encore une approche classique de l'ordre public, centrée avant tout sur ses composantes matérielles (atteintes à la sécurité, à la salubrité, à la tranquillité publiques), le Conseil d'État constate qu'il n'existait pas de circonstances particulières permettant d'établir que le port d'un tel vêtement sur une plage aurait pu susciter un trouble à l'ordre public, nonobstant le fait qu'il existe un certain émoi dans la société suite aux attentats de Nice, quelques semaines plus tôt.

C'est là où le rapprochement avec la deuxième affaire est particulièrement intéressant. Dans l'affaire soumise au Conseil d'État en septembre, la particularité tenait au fait que, sur la plage de Corse, des incidents importants s'étaient produits, semble-t-il en partie à cause du Burkini (en substance et même si l'affaire semble peu claire, des affrontements sont apparus à cause de photos prises par des touristes d'une femme en Burkini). Le trouble à la sécurité ne fut pas mince puisqu'il fallut plus de 100 policiers sur place pour rétablir l'ordre. C'est en se fondant sur ces circonstances que le maire décida d'interdire le port de tout vêtement à connotation religieuse sur les plages, pendant l'été. Le tribunal administratif de Bastia, au vu des circonstances, valida l'arrêté. Le Conseil d'État annule l'ordonnance du TA au motif que les événements, en dépit de leur gravité, demeuraient limités et que depuis, il n'était pas établi qu'un trouble subsistât.

Les deux affaires sont particulièrement intéressantes en ce qu'elles rappellent

1° que la laïcité n'est pas une composante de l'ordre public

2° qu'il appartient à l'autorité administrative d'établir la preuve d'un risque d'atteinte à l'ordre public et que cette preuve doit être dûment circonstanciée

3° que le juge administratif se recentre sur une approche plus matérielle de l'ordre public, souhaitant sans doute rompre avec les errements de sa jurisprudence tels qu'ils étaient issus notamment de la jurisprudence Dieudonné.



CRISP

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation

