

---

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

---

**N° – 2017**

## **Sommaire**

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



**CRISP**

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation

---

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

## **L'article du mois**

**Soc. 21 septembre 2017, pourvoi n° 16.20.103 :**

*Offre et promesse de contrat de travail...*

*Qualifiées et sanctionnées à l'aune de la réforme du  
droit des contrats.*

**Par Jacob BERREBI**



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

Philippe MAZET

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

Franck TOURET

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

Jacob BERREBI

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

Matthieu THAURY

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

Julie HABERMAN

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

18 rue de Varenne

75007 PARIS

01.42.22.30.60

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

RCS Paris 331 302 877



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

Métro 12 : Rue du Bac ou Sèvres  
Babylone

Métro 10 : Sèvres Babylone

— ou —

Bus : 68, 69, 83, 84, 94

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

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

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

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

**Proposez-nous vos articles**

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

## L'article du mois

### **Soc. 21 septembre 2017, pourvoi n° 16.20.103 : Offre et promesse de contrat de travail... qualifiées et sanctionnées à l'aune de la réforme du droit des contrats.**

D'un point de vue normatif, afin de comprendre l'intérêt de l'arrêt comme d'en faire l'analyse, il convient de relever un élément certes évident néanmoins essentiel : les faits de l'affaire sont antérieurs à l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats pratiquée par l'ordonnance du 10 février 2016. Or, en vertu de l'article 2 du Code civil mais également du moins évident article 9 de l'ordonnance de 2016, la réforme du droit des contrats n'a vocation à s'appliquer qu'aux contrats conclus postérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance. Autrement dit, les juges doivent appliquer, en l'espèce, le droit antérieur à la réforme. C'est ce qu'ils font d'ailleurs ; en apparence, au moins, il n'y a aucun doute au regard du visa : « *Vu les articles 1134 du Code civil, dans sa rédaction applicable à la cause, et L. 1221-1 du Code du travail* ». Le fondement de l'article 1134 renvoie au texte de 1804 qui portait la force obligatoire du contrat valablement formé. Cependant, la lecture du premier attendu de la décision attire l'attention : « *Attendu que l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment, dans les relations de travail, la portée des offres et promesses de contrat de travail* ». Autrement dit, la Cour de cassation décide que pour statuer en l'espèce, il convient certes de se fonder sur les dispositions en vigueur au moment des faits – la rigueur et la sécurité juridiques sont respectées –, néanmoins les dispositions du droit antérieur doivent être interprétées à l'aune du droit nouveau. Ce n'est pas la première fois que la Haute juridiction œuvre ainsi : elle a déjà ainsi pratiqué à propos de la nullité du contrat pour défaut d'objet dans

un arrêt déjà relevé (Ch. mixte, 24 février 2017). En

l'occurrence, la chambre sociale de la Cour de

cassation a donc choisi de réexaminer sa jurisprudence au regard de l'évolution du droit résultant de la réforme, même si l'ordonnance de 2016 n'était pas applicable aux faits de l'espèce. Comme pour l'arrêt rendu en chambre mixte le 24 février 2017, cela en dit long sur la position de la Cour régulatrice : elle prône la cohérence du droit et, à défaut de droit transitoire dans l'ordonnance, les juges du droit portent cette transition, au risque de trancher avec leur jurisprudence antérieure. Ils observent et constatent l'évolution du droit législatif, s'y conforme et prenne déjà en cause, notamment les bris de jurisprudence. D'un point de vue matériel, les incidences de l'interprétation à la fois des faits et du droit à l'aune de la réforme de 2016 sont saisissantes concernant l'offre de travail et la promesse de contrat de travail. Jusqu'alors, la chambre sociale décidait, de manière constante, que la promesse d'embauche, comprenant la date d'entrée en fonction et l'emploi proposé valait contrat de travail, même sans que le formalisme propre à ce contrat ne soit respecté (Soc. 15 décembre 2010). Cela interdisait notamment à l'employeur de retirer sa proposition, même si le salarié ne l'avait pas encore acceptée. En somme, il n'y avait pas de réelle différence entre une offre ferme et précise d'embauche et une promesse de contrat de travail. Plus encore, la différence avec le droit commun des contrats était particulièrement nette lorsque l'on se figure que la troisième chambre civile décide que la

Jacob Berrebi  
[Enseignant en droit privé](#)

rétractation de l'offre avant acceptation fait obstacle à la conclusion du contrat (Civ. 3<sup>ème</sup>, 7 mai 2008). La prise en compte des enseignements de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats conduit la chambre sociale à opéré une évolution de sa position et même un revirement de jurisprudence. Il ressort du présent arrêt que la chambre sociale instaure désormais une démarcation plus marquée entre l'offre et la promesse de contrat de travail. Ainsi, les juges du droit affirment successivement que « *l'acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation, constitue une offre de contrat de travail, qui peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire ; que la rétractation de l'offre avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable, fait obstacle à la conclusion du contrat de travail et engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur* » et que « *en revanche, que la promesse unilatérale de contrat de travail est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ; que la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat de travail promis* ». Différence de qualification mais aussi évolution des régimes afférents donc : désormais, le régime de l'offre de travail répond aux prescriptions des nouveaux articles 1114 et suivants, tandis que le régime de la promesse d'embauche dans la jurisprudence de la chambre sociale s'appuie sur le dispositif du nouvel article 1124 du Code civil.

## L'actualité

### Droit des obligations

Jacob BERREBI

Enseignant de Droit privé

#### 1/ Com. 12 juillet 2017 (2 arrêts), pourvoi n° 15-23.552 et pourvoi n° 15-27.703 : La consolidation du régime de l'interdépendance contractuelle.

L'interdépendance contractuelle s'est construite, ces dernières années, autour de la location financière. Dans deux arrêts désormais bien connus (Ch. mixte, 17 mai 2013, 2 arrêts), la Cour de cassation a décidé que « *Attendu que les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants ; que sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance* ». Cette solution, à l'origine fondée sur la force obligatoire des contrats, a ensuite trouvé assiette sur l'indivisibilité obligationnelle de l'ancien article 1218 du Code civil (Com. 14 janvier 2014). Par suite, la Cour régulatrice a affirmé que la résiliation du contrat de location et de prestation de services conduit à la caducité du contrat de financement (Com. 4 novembre 2014). La jurisprudence postérieure s'est contentée de répéter ces solutions et les généraliser. De premier abord, c'est dans ce cadre que s'inscrivent les deux arrêts du 12 juillet 2017. En témoigne l'un des deux arrêts rendus ce jour (pourvoi n° 15-27.703), dans lequel la Haute juridiction rappelle que « *les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants et que la résiliation de l'un quelconque d'entre eux entraîne la caducité, par voie de conséquence, des autres (...)* ». Autrement dit, cette décision constitue une

synthèse efficace de la jurisprudence établie en matière de location financière. Mais l'intérêt de cet arrêt ne se limite pas à cela : les hauts conseillers poursuivent la construction du régime de l'interdépendance contractuelle en matière de location financière en ajoutant que « *la partie à l'origine de l'anéantissement de cet ensemble contractuel [peut être tenue] à indemniser le préjudice causé par sa faute* ». En somme, la caducité n'est pas la seule sanction envisagée par le juge ; peut aussi (doit aussi ?) être envisagée la responsabilité contractuelle de celui qui est à l'origine de la terminaison anticipée et fautive de l'opération. Quant à l'autre arrêt du même jour (pourvoi n°15-23.552), sa portée est plus importante encore. En effet, sur le fondement de l'ancien article 1134 du Code civil, la Cour de cassation affirme sous forme de principe que « *lorsque des contrats sont interdépendants, la résiliation de l'un quelconque d'entre eux entraîne la caducité, par voie de conséquence, des autres, sauf pour la partie à l'origine de l'anéantissement de cet ensemble contractuel à indemniser le préjudice causé par sa faute* ». Ce qui est remarquable est l'absence de référence à la location financière, et pour cause, si les faits de l'espèce concernent évidemment un ensemble contractuel, il ne s'agissait pas d'une location financière... Ainsi, la Cour régulatrice propose la généralisation des solutions relatives à la location financière, à tous les ensembles contractuels caractérisés par une interdépendance contractuelle, appréhendée de manière économique et objective. De là, à voir bientôt ce régime se propager par exemple au crédit-bail, il n'y a qu'un pas ! cette généralisation va d'ailleurs dans le sens de la lecture abstraite du nouvel article 1186 alinéa 2 issu de la réforme du droit des contrats de 2016 et selon lequel « *Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette*

*disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie ».*

**2/ Com. 1<sup>er</sup> mars 2017, pourvoi n° 15-22.866 : Le tiers intéressé au contrat qui se rend coupable d'une réticence dolosive peut voir sa responsabilité engagée.**

En principe, le dol n'est source de nullité que s'il émane du cocontractant, de son représentant ou d'un tiers complice (la jurisprudence en la matière est constante, par ex. Com. 10 juillet 1978). Demeure qu'en l'espèce, le cessionnaire d'un fonds de commerce qui s'aperçoit ensuite de la cession que le local n'est pas adapté à l'activité et ne respecte pas les normes légales pour l'exercice de celle-ci, agit uniquement en responsabilité contre le cédant du fonds de commerce et... le bailleur, tiers à la cession. S'il avait agi en vue d'obtenir l'annulation de la vente sur le fondement de l'ancien article 1116 du Code civil, l'on aurait sans doute discuté la question de savoir si le tiers a un contrat peut se rendre coupable d'une réticence dolosive, source de nullité. Mais, puisque la question ne concernait que la responsabilité, l'on ne sera guère étonné de voir la Cour de cassation approuver une cour d'appel qui a condamné *in solidum* le cédant et le bailleur, tous deux coupables d'avoir gardé le silence sur la situation du local, à verser des dommages-intérêts au cessionnaire. La responsabilité du bailleur sur le fondement délictuel était en l'occurrence une évidence dès lors qu'il avait délibérément trompé par son silence le cessionnaire. Il est vrai que pour bien saisir le rapport entre le bailleur (le propriétaire des murs) et le cessionnaire du fonds de commerce (celui qui va exploiter son activité dans ces murs), il convient de rappeler qu'en vertu d'une clause de style dans les contrats de baux commerciaux, le bailleur donne son agrément à la transmission du bail dans l'acte de cession du fonds. Il n'est donc pas un tiers absolu mais bien un tiers intéressé, ce qui rend

son intervention davantage encline à la critique judiciaire

**3/ Civ. 3<sup>ème</sup>, 18 mai 2017, pourvoi n° 16-11.203, Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 mai 2017, pourvoi n° 16-14371 et Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juin 2017, pourvoi n° 16-14.096 : de nouveaux atermoiements prétoriens en matière de responsabilité du contractant vis-à-vis du tiers.**

Définitivement, la question de la responsabilité du contractant vis-à-vis du tiers n'a pas été réglée par l'arrêt *Bootshop* de 2006. On se rappelle qu'à l'origine, l'intervention de l'Assemblée plénière résultait de l'opposition entre les formations de la Haute juridiction, notamment entre la première chambre civile (Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 février 2001) et la chambre commerciale (Com. 5 avril 2005). La première souhaitait que le tiers puisse invoquer le manquement contractuel au titre de la démonstration de la faute délictuelle tandis que la chambre commerciale exigeait du demandeur la preuve que le contractant ait commis une faute directement à son endroit. Réunie afin de « trancher », l'Assemblée plénière a opté pour la première solution et a décidé que « *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, *Bootshop c. Myr'ho*). Par la suite, cette solution a constitué le droit positif malgré quelques nouvelles hésitations jurisprudentielles sans que l'on constate un revirement (entre autres, Civ. 3<sup>ème</sup>, 22 octobre 2008, Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 décembre 2011 et Civ. 1<sup>ère</sup> Com. 18 janvier 2017). Pourtant, les critiques à l'égard de la solution de 2006 se multipliant, il semble que la troisième chambre civile ait repris le flambeau de la divergence. Dans l'arrêt du 18 mai 2017, les juges de troisième formation civile décident que « *le seul manquement à une obligation contractuelle de résultat de livrer un ouvrage conforme et exempt de vices est impropre à caractériser une faute délictuelle* » (Civ. 3<sup>ème</sup>, 18 mai 2017). La formule est forte et cette fois-ci,



l'on ne saurait démentir l'idée d'une tentative indirecte de revirement – tentative indirecte par rapport à l'arrêt *Bootshop* de 2006, opposition franche vis-à-vis d'un arrêt antérieur de la première chambre civile dans lequel les juges avaient décidé que « *les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur a causé un dommage, sans avoir à rapporter d'autre preuve* » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 décembre 1998 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 juillet 2000). Pendant ce temps, la première chambre civile maintient sa position classique et prône toujours la solution de l'arrêt *Bootshop* en affirmant que « *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* » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 mai 2017 et Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juin 2017). En bref, de nouvelles tensions apparaissent – ou s'agit-il d'anciennes qui resurgissent – entre les formations de la Cour de cassation s'agissant de la responsabilité du contractant vis-à-vis des tiers. L'idéal serait de voir le législateur trancher : le projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017 prévoit, pour rappel, une sorte de compromis. L'article 1234 projeté dispose que « *Lorsque l'inexécution du contrat cause un dommage à un tiers, celui-ci ne peut demander réparation de ses conséquences au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés à la section II du chapitre II. Toutefois, le tiers ayant un intérêt légitime à la bonne exécution d'un contrat peut également invoquer, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, un manquement contractuel dès lors que celui-ci lui a causé un dommage. Les conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants lui sont opposables. Toute clause qui limite la responsabilité contractuelle d'un contractant à l'égard des tiers est réputée non écrite* ».

#### **4/ Ch. mixte, 7 juillet 2017, pourvoi n° 15-25.651 : L'affaire « Monsanto » et la responsabilité du fait des produits défectueux.**

À la frontière de la théorie générale du droit, de la procédure civile et de la responsabilité du fait des produits défectueux, l'arrêt rendu en chambre mixte le 7 juillet 2017 dans l'affaire *Monsanto* renseigne utilement sur l'office du juge dans ces domaines du droit. Pour rappel, les faits de l'arrêt ont été fortement médiatisés : un agriculteur agit sur le fondement délictuel à l'encontre de la société *Monsanto*, affirmant avoir été intoxiqué par les vapeurs d'un herbicide commercialisé par la défenderesse. Après quelques atermoiements processuels, la société *Monsanto* est reconnue responsable en première instance comme en appel. Dans son pourvoi, la société condamnée argue que le fondement délictuel de l'ancien article 1382 (nouveau 1240) était inapplicable en l'espèce, dès lors que l'affaire entre dans le champ de la directive de 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, transposée par une loi de 1998, désormais disposée au sein des articles 1245 et suivants du Code civil. Pour justifier son action sur le fondement du droit commun de la responsabilité délictuelle, l'agriculteur fait valoir que l'herbicide incriminé a été mis en circulation en 1968, soit antérieurement à l'adoption de la directive et l'entrée en vigueur de la loi de transposition. Cependant, ce dernier argument ne convainc pas et l'arrêt d'appel est cassé : la Haute juridiction décide que si le juge n'a pas, sauf règles particulières, l'obligation de changer le fondement juridique des demandes (en référence à l'arrêt de l'assemblée plénière du 21 décembre 2007), il est tenu, lorsque les faits dont il est saisi le justifient, de faire application des règles d'ordre public issues du droit de l'Union européenne, telle la responsabilité du fait des produits défectueux, même si le demandeur ne les a pas invoquées. Ainsi, le juge est tenu d'examiner d'office l'applicabilité au litige de la responsabilité du fait des produits défectueux,

quand bien même le demandeur ne l'a pas invoquée.

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

**1/ Civ. 1re, 14 sept. 2017, n° 17-19.218, audition d'un mineur en appel :**

Dans le cadre de cette espèce, une mère chez qui la résidence de l'enfant avait été fixée en 2011, reproche à une cour d'appel d'avoir fixé plus tard cette résidence chez le père de l'enfant. A cette fin, elle invoque une violation de l'article 388-1 du Code civil et de l'article 12 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant. Elle soutient que l'audition du mineur capable de discernement est de droit lorsqu'il en fait la demande. Or, les juges du fond avaient fixé la résidence du mineur au domicile de son père sans entendre l'enfant alors que celui-ci en avait fait la demande. Toutefois, la Cour de cassation rejette le pourvoi en affirmant que la décision statuant sur la demande d'audition formée par le mineur n'étant susceptible d'aucun recours, en l'absence d'effet dévolutif de l'appel à cet égard, l'enfant qui souhaite être entendu par la cour d'appel doit en faire la demande. Aussi, l'appel ne peut avoir d'effet dévolutif sur ce point. La solution de la Haute cour est en parfaite adéquation avec l'article 388-5 du Code de procédure civile. En effet, ce dernier précise que « *La décision statuant sur la demande d'audition formée par le mineur n'est susceptible d'aucun recours* ». Néanmoins, l'obstacle peut être contourné puisqu'une nouvelle demande d'audition peut être formée devant la cour d'appel.

**2/ Civ. 1re, 13 sept. 2017, n° 17-12.518 : Afin de rejoindre sa famille, une mère prend l'initiative d'emmener son enfant en Hongrie.**

Par la suite, chacun des parents engage une procédure devant les juridictions de son pays pour obtenir la résidence de l'enfant. Par un arrêt de la première chambre civile, la Cour de cassation avait censuré les juges du fond d'avoir confié aux deux parents l'exercice conjoint de l'autorité parentale, fixé la résidence de l'enfant chez son père et dit que sa mère disposerait d'un droit de visite médiatisé, est cassé (Civ. 1re, 23 sept. 2015, n° 14-25. 027). Par la suite, une juridiction hongroise fixe la résidence de l'enfant chez sa mère et confie l'exercice exclusif de l'autorité parentale à cette dernière, avec un droit de visite au profit du père, dans un lieu neutre. Le père, s'étant rendu en Hongrie afin de ramener l'enfant en France, a fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen délivré par les autorités hongroises et mis à exécution. Puis l'enfant est confié à l'aide sociale à l'enfance par le procureur de la République près le TGI. En substance, la Haute cour, approuvant la cour d'appel, affirme que si la protection de l'enfant l'exige, le juge des enfants peut décider de le confier à l'autre parent, la circonstance que ce parent réside à l'étranger ne constituant pas un obstacle à la mise en œuvre de cette mesure. Dès lors, le juge des enfants français peut, sur le fondement des articles 375 et suivants du Code civil, prononcer une mesure d'assistance éducative, au nom de la protection de l'enfant, qui sera exécutée à l'étranger. Ensuite, la Cour de cassation retient que le droit de visite, dans un lieu neutre, peut être accordé au père, même s'il n'est pas en mesure de l'exercer en raison du mandat d'arrêt européen prononcé à son encontre.



**Droit des Biens**  
**Franck TOURET**  
 Enseignant de Droit privé

**Droit des Affaires**  
**Jacob BERREBI**  
 Enseignant de Droit privé

**Civ. 3e, 6 juill. 2017, n° 16-19.539,  
 exclusion de la possession en cas de  
 détention précaire :**

En l'espèce, une société civile immobilière a acquis en 2003 un terrain sur lequel est située une source. Cette dernière avait fait l'objet en 1970 d'une convention avec un syndicat intercommunal l'autorisant à capter les eaux. Faute de pouvoir renégocier les termes de l'accord, la SCI résilie la convention et assigne par la suite le syndicat en indemnisation de l'exploitation sans droit ni titre de la source. Toutefois, selon les juges du fond, la prescription trentenaire de la source par son utilisation s'oppose à ce que l'établissement soit tenu d'une indemnité. Censurant les juges du fond, la Cour de cassation affirme que celui qui exploite un fonds en vertu d'une convention est considéré comme un détenteur précaire, réputé posséder pour autrui et non à titre de propriétaire. En l'absence d'*animus domini*, il ne peut pas prétendre bénéficier de la prescription acquisitive du droit d'exploitation. Si la possession continue, publique, paisible, non équivoque et d'une certaine durée (dix ou trente ans ; art. 2258 C. civ.) permet au possesseur d'acquérir la propriété d'un immeuble ; il n'en va plus ainsi si la personne qui use de l'immeuble est un détenteur précaire (art. 2266 C. civ.). Dès il peut être redevable d'une contrepartie.

**1/ Civ. 1<sup>ère</sup>, 29 mars 2017, pourvoi n° 16-10.007 : Le non-professionnel n'est pas nécessairement un consommateur, et un non-professionnel, même s'il s'agit d'une personne morale peut bénéficier du droit de la consommation.**

L'enjeu des débats au sein de ces deux affaires est simple : qui peut bénéficier de l'application de l'ancien article L. 136-1 du Code de la consommation (modifié et devenu l'article L. 215-1 C. conso.) ? Une personne morale est-elle nécessairement exclue du bénéfice du droit de la consommation ? Ces questions ne sont pas nouvelles et ont déjà trouvé réponse en jurisprudence : dans deux arrêts de 2011, la Haute juridiction a décidé, d'une part, que « *les personnes morales ne sont pas exclues de la catégorie des non-professionnels* » et, d'autre part, que « *l'article L. 136-1 du Code de la consommation ne concerne pas les contrats conclus entre sociétés commerciales* ». L'intérêt de l'arrêt de 2017 apparaît ainsi mineur à l'aune de ces décisions antérieures et essentielles ; cependant, l'arrêt de 2017 est rendu après l'entrée en vigueur de l'ordonnance de recodification du Code de la consommation du 14 mars 2016 (article liminaire du nouveau Code de la consommation, modifié depuis par la loi n° 2017-103 du 21 février 2017). Ce texte essentiel offre au droit de la consommation différents dispositifs qui lui faisaient cruellement défaut jusque-là, et notamment des définitions. Le professionnel est défini, le consommateur également. En l'espèce, des juges du fond avaient refusé à un syndicat de copropriétaires le bénéfice de l'ancien article L. 136-1 du Code de la consommation, au prétexte qu'un consommateur est nécessairement une

personne physique et qu'un syndicat de copropriétaires est une personne morale. La cassation était prévisible ; elle est même évidente puisque le texte en cause profite non au consommateur mais au non-professionnel. Or, le texte du Code de la consommation prévoit que le non-professionnel s'entend de « toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles ». Tel est bien la qualification d'un syndicat de copropriétaires qui concluent un contrat d'entretien ; le syndicat peut donc bénéficier du texte protecteur du Code de la consommation.

**2/ Com. 28 juin 2017, pourvoi n° 15-17.394 : La cession de fonds de commerce n'emporte pas, par principe, la cession des contrats passés par le commerçant.**

Voici un arrêt dont le seul mérite est de rappeler une jurisprudence constante dont les implications pratiques sont considérables. La question posée est, en effet, juridiquement classique, économiquement essentielle : le cessionnaire du fonds de commerce peut-il exiger l'exécution d'un contrat conclu par le cédant ? La réponse est connue : elle est négative. Le fonds de commerce est une universalité de fait ; ce n'est donc pas un patrimoine. Les créances et dettes du commerçant ne composent donc pas le fonds de commerce ; autrement dit, les contrats liés à l'exploitation du fonds n'entrent pas dans sa composition. La solution n'est pas nouvelle (Com. 25 janvier 2000 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 7 décembre 2005). Le présent arrêt s'inscrit dans cette tradition prétorienne : « la cession d'un fonds de commerce n'emportant pas, sauf exceptions prévues par la loi, la cession des contrats liés à l'exploitation de ce fonds, la cession d'un fonds de commerce d'agent immobilier n'emporte pas cession des mandats confiés à ce professionnel ». La formule employée est de principe, ce qui relève l'importance de l'arrêt. Cependant, l'on ne manquera pas de noter que la formule manque de complétude : il aurait également fallu souligner que la stipulation

contraire est possible, prévoyant qu'avec l'agrément du tiers, le contrat peut être transmis lors de la cession du fonds (CA Paris, 10 mars 2015).

**3/ Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 juin 2017, pourvoi n° 16-24.045 : De la fermeté de la Cour de cassation en matière de baux dérogatoires.**

Pour rappel, l'article L. 145-5 du Code de commerce dispose, dans ses deux premiers alinéas, que « Les parties peuvent, lors de l'entrée dans les lieux du preneur, déroger aux dispositions du présent chapitre à la condition que la durée totale du bail ou des baux successifs ne soit pas supérieure à trois ans. A l'expiration de cette durée, les parties ne peuvent plus conclure un nouveau bail dérogeant aux dispositions du présent chapitre pour exploiter le même fonds dans les mêmes locaux. Si, à l'expiration de cette durée, et au plus tard à l'issue d'un délai d'un mois à compter de l'échéance le preneur reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est réglé par les dispositions du présent chapitre ». La présente décision témoigne de la rigueur juridique de la Cour de cassation dans l'application de ce texte : ni les artifices des parties, ni les renonciations conventionnelles ne semblent efficaces. Plus encore, la Haute juridiction rappelle que si le bail dérogatoire a une durée plus courte que les trois années et que le preneur est resté dans les lieux au-delà du bail, le même effet se produit qu'en cas de dépassement de la durée de trois ans : la conclusion d'un nouveau bail commercial. Ainsi, les hauts conseillers décident que « quelle que soit la durée du bail dérogatoire ou du maintien dans les lieux, si le preneur reste et est laissé en possession au-delà du terme contractuel, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est régi par les articles 145-1 et suivants du Code de commerce [soit par le statut des baux commerciaux] ». La solution n'est pas nouvelle (par. ex., Civ. 3<sup>ème</sup>, 4 mai 2010) mais elle a le mérite d'être formulée sous la forme d'un principe aux accents définitifs.

**4/ Civ. 3<sup>ème</sup>, 7 septembre 2017, pourvoi n° 16-15.012 : La dénégation tardive du droit au renouvellement du bail.**

Le droit au renouvellement du bail n'est pas le renouvellement. Le bailleur peut, dans les conditions de l'article L. 145-17 du Code de commerce, refuser au preneur son droit au renouvellement du bail. En pareil cas, il délivre au preneur congé, sans indemnité d'éviction. Si le bailleur ne veut pas renouveler le bail, il doit délivrer congé et payer une indemnité d'éviction. En l'espèce, le bailleur a ainsi opéré : un bailleur signifie un congé au preneur, lui offrant une indemnité d'éviction, avant de l'assigner, quelques temps plus tard, en vue de son expulsion lui déniait le bénéfice du statut des baux commerciaux et du droit au renouvellement du bail arguant de l'absence d'immatriculation au RCS du preneur à la date du congé. Bien que la situation soit particulièrement complexe en raison de difficultés processuelles, la question posée au juge du droit se résume à savoir si un bailleur peut dénier au preneur le droit au renouvellement du bail après qu'il lui a offert une indemnité d'éviction. Bien que cela ne semble pas une évidence notamment d'un point de vue chronologique, la Cour de cassation répond positivement et sans ambages : *« le bailleur qui a offert le paiement d'une indemnité d'éviction après avoir exercé son droit d'option peut dénier au locataire le droit au statut des baux commerciaux tant qu'une décision définitive n'a pas été rendue sur la fixation de l'indemnité d'éviction ».*

**5/ CA Paris, 23 mars 2017, JurisData n° 15/17091 : Nouvelle illustration de la caractérisation d'une société créée de fait.**

L'on sait la réticence contemporaine de la Haute juridiction à caractériser une société créée de fait entre concubins (Com. 23 juin 2004, Com. 3 novembre 2004 et Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 janvier 2010, 2 arrêts). Contrairement à ce que prévoyait sinon préconisait une partie de la doctrine, cette sévérité de la Cour de cassation n'a pas sonné le glas de la société créée de fait, hors le cas des concubins ; ce dont témoigne le présent arrêt

de la Cour de Paris. En l'espèce, un entrepreneur de travaux, a versé une somme de 27 000€ à un autre entrepreneur, lors de la constitution de sa société par ce dernier. Par suite, il participait à payer les loyers de l'entreprise créée, laquelle exploitait une partie de la clientèle du premier entrepreneur ; ce dernier bénéficiant même de la signature sur les comptes de l'entreprise. Enfin, le premier entrepreneur prenait l'essentiel des décisions relatives à l'administration et la gestion de l'entreprise du second. L'entreprise connaît des difficultés, celui qui est associé de droit de l'entreprise appelle le premier entrepreneur à participer au paiement des dettes sociales. Celui-ci argue qu'il n'est pas associé. Mais, les conseillers de Paris concluent au contraire qu'il est bien associé dès lors que les conditions de l'article 1832 du Code civil sont remplies : il a apporté une somme en numéraire lors de la constitution de l'entreprise (fourniture d'apport), il participe aux bénéfices nés de l'exploitation de la clientèle commune notamment en ayant la main sur les comptes de l'entreprise (vocation aux résultats) et il s'est comporté comme un décisionnaire dans l'entreprise, ce qui témoigne de la volonté de collaborer à la réalisation de l'objet social (affectio societatis). Il existe bien entre les deux entrepreneurs, une société créée de fait.

**6/ Com. 26 avril 2017, pourvoi n° 15-19.472 : Régime de la vacance de la gérance de la SARL.**

Que se passe-t-il lorsqu'à la suite de la révocation judiciaire du gérant de la SARL, il y a vacance de la gérance ? Le juge peut être saisi aux fins de désignation d'un administrateur judiciaire sur le fondement de l'article L. 223-27 dont l'alinéa 7 concerne la carence du gérant, texte qui vaut bien dans l'hypothèse de la vacance de la gérance. Tel est le cas en l'espèce, un associé d'une SARL qui avait initié la révocation judiciaire du gérant, sollicite du juge la désignation d'un mandataire chargé de réunir une assemblée générale pour que soit nommé

un nouveau gérant. Le juge fait droit à la demande prenant le soin de déterminer l'ordre du jour de l'assemblée et désignant une personne en vue de sa nomination à la gérance. Ce faisant, se pose la question de la limite des pouvoirs du juge en cas de vacance de la gérance. N'y a-t-il pas en l'espèce, une trop grande immixtion judiciaire dans la gestion de la société et une contravention à la liberté des associés ? C'est à cette interrogation que doit répondre la Haute juridiction. De manière surprenante au premier abord, la Cour de cassation valide la solution des juges du fond, autorisant donc le juge saisi à déterminer l'ordre du jour de l'assemblée générale et proposer un candidat identifié à la gérance. Pour autant, la Haute juridiction – dans un quasi *obiter dictum* – fixe deux limites claires et précises aux pouvoirs du juge et sauvegardant les intérêts en présence : d'une part, aux fins de sauvegarder la libre gestion sociale, le juge peut proposer un candidat à la gérance dans l'ordre du jour, mais ne peut le désigner ; d'autre part, aux fins de préserver la liberté des associés, l'associé révoqué en tant que gérant garde son droit de vote, le mandataire judiciaire ne se substituant à lui que dans le cadre de la gérance, et non dans l'exercice de son droit de vote en tant qu'associé. La solution porte un juste équilibre entre les intérêts de chacun, tout en permettant au juge d'assurer la continuité effective de la direction de la société.

**7/ Com. 26 avril 2017, pourvoi n° 15-12.888 : La liberté contractuelle dans les pactes d'actionnaires VS le principe de libre révocabilité des dirigeants sociaux.**

L'arrêt concerne l'une des pratiques les plus classiques, une pratique de style dans les opérations de fusion entre sociétés. En l'espèce, les actionnaires de deux sociétés destinées à fusionner, avaient conclu un pacte pour assurer l'égalité entre les deux groupes d'actionnaires quant à leur représentation dans le conseil d'administration de la société finale. De plus, le pacte prévoyait la répartition de la présidence

et de la direction générale entre les deux groupes d'actionnaires. Une fois la fusion réalisée, le directeur général, également administrateur, est révoqué. Il rétorque judiciairement qu'une telle révocation constitue une violation du pacte conclu, et demande, par conséquent, des dommages-intérêts. Les juges du fond repoussent sa demande mais au travers d'un raisonnement pour le moins alambiqué, reposant sur l'idée que la révocation n'est pas le fait du cocontractant mais de l'assemblée des actionnaires de la société finale. Le pourvoi formé reposait sur la faiblesse du raisonnement des conseillers d'appel. Mais, la Cour de cassation ne se laisse pas emporter par les arguments du demandeur jusque-là déçu. Sans que formellement l'arrêt de la Haute juridiction soit porté par une substitution de motifs, la décision des hauts conseillers corrige les imperfections de l'arrêt d'appel tout en préservant la solution des juges du fond : la Cour régulatrice rappelle qu'est illicite toute stipulation ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la libre révocabilité des dirigeants sociaux. Ce principe est d'ordre public (Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 février 2002, Com. 14 mai 2013). Or, pour rappel, « *les conventions entre actionnaires sont valables lorsqu'elles ne sont pas contraires à une règle d'ordre public, à une stipulation impérative des statuts ou à l'intérêt social* » (Com. 7 janv. 2004). Au final, les pactes d'actionnaires sont bien portés par le principe de la liberté contractuelle, mais celle-ci trouve une limite dans le respect de l'ordre public. Cette décision si commentée et si critiquée (« *un arrêt anti-pacte d'actionnaires* » constate un éminent auteur, B. DONDERO sur son blog) semble pourtant n'être qu'une énième et naturelle application de l'article 6 du Code civil.

**8/ Com. 24 mai 2017, pourvoi n° 15-21.633 : Révocation valable et régulière d'un dirigeant social.**

Validité et régularité de la révocation sont deux choses distinctes. D'une part, concernant sa validité, ne constitue pas une révocation sans juste motif, la révocation d'un dirigeant social, qui n'a certes pas commis une faute de gestion, mais dont les relations avec les autres organes de la société sont basées sur la dissension et la défiance, et dont la politique a conduit à des erreurs de gestion et à des résultats sociaux loin des prévisions pourtant réalistes. La Cour de cassation rappelle que le juste motif ne s'entend pas seulement de la faute de gestion (condition de la responsabilité du dirigeant social et non condition de sa révocation). Au final, c'est toujours la préservation de l'intérêt social qui constitue de près ou de loin, le juste motif. D'autre part, concernant la régularité de la révocation, la perte d'accès du dirigeant à son serveur et à son adresse électronique et la demande de restitution de son véhicule ainsi que l'interruption de sa ligne téléphonique et l'obligation de quitter son logement de fonction dans le délai d'un mois étant inhérentes à la cessation de ses fonctions, dont il avait été informé plusieurs jours auparavant, la cour d'appel, qui n'a pas subordonné le droit à réparation du dirigeant révoqué à la preuve de l'intention de nuire de la part de la société et de son actionnaire, a pu retenir, à bon droit, que sa révocation ne présentait aucun caractère vexatoire. En outre, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la valeur probante des éléments de preuve soumis au débat contradictoire que la cour d'appel a constaté que le dirigeant ne démontrait pas que sa révocation était intervenue dans des circonstances portant une atteinte injustifiée à sa réputation et à son honneur.

**9/ Com. 13 septembre 2017, pourvoi n° 16-12.479 : Dissolution de plein droit pour survenance du terme.**

Parmi les causes de dissolution des sociétés de l'article 1844-7 du Code civil figurent la survenance du terme statutaire. C'est au visa de cet article et au visa de l'article 1844-6 qui détermine les règles relatives à la prorogation du terme de la société, que la présente décision est rendue par la Haute juridiction. A la question « quel est le sort d'une société dont le terme est survenu ? », la Cour régulatrice répond logiquement que la société est dissoute de plein droit par la survenance du terme. Rien de bien extraordinaire ; au contraire, une évidence judiciaire. L'intérêt de l'arrêt se situe ailleurs : précisément, dans la précision de la formule employée par le juge de droit : « *En l'absence de toute prorogation expresse, décidée dans les formes légales ou statutaires, un groupement agricole d'exploitation en commun est dissous de plein droit par la survenance du terme* ». En soulignant que seule une prorogation expresse du terme permet d'éviter la dissolution, la Cour de cassation met sans doute fin à un débat doctrinal et pratique né de quelques hésitations prétoriennees passées. En effet, dans quelques-unes de ses décisions, la Haute Cour avait, semble-t-il, admis l'hypothèse d'une prorogation tacite du terme social (Com. 23 octobre 2007, Com. 31 janvier 2012). Une telle possibilité avait logiquement surpris notamment à l'aune du formalisme propre au droit des sociétés dotées de la personne morale, mais aussi au regard de la lettre de l'article 1844-6 qui prévoit la consultation et une délibération des associés. Par la présente décision, la Cour de cassation semble, de manière heureuse, revenir sur cette possibilité : seule la prorogation expresse du terme – décidée avant sa survenance – permet d'éviter la dissolution de plein droit de la société.



**10/ Com. 28 juin 2017, pourvoi n° 14-29.936 : La responsabilité pour insuffisance d'actif comme conséquence du défaut de déclaration de cessation des paiements par le gérant.**

La solution n'est pas nouvelle (V. déjà l'arrêt Com. 4 novembre 2014), la question étant des plus classiques. Pour rappel, les articles R. 631-1 et suivants du Code de commerce) obligent le débiteur en difficulté à « déposer le bilan ». Ainsi, le gérant de la société en difficultés doit faire la déclaration de cessation des paiements de la société. A défaut, il peut voir prononcer à son encontre une procédure de faillite personnelle (art. L. 653-3 C. com.) ou se voir interdit de gérer une entreprise pour l'avenir (art. L. 653-8 C. com.). Il peut également engager sa responsabilité pour insuffisance d'actif. C'est ce que rappelle en substance la présente décision, réitérant la solution de 2014, et précisant les modalités d'appréciation de l'omission de déclaration et de la sanction : « *L'omission de déclaration de la cessation des paiements dans le délai légal, susceptible de constituer une faute de gestion au sens de l'article L. 651-2 du Code de commerce, s'apprécie au regard de la seule date de cessation des paiements fixée dans le jugement d'ouverture ou dans un jugement de report et constitue une faute à la charge du gérant* ». Dans la présente espèce, la faute est caractérisée par les juges du fond, lesquels sont approuvés par la Cour de cassation : dans le cas d'une importante dégradation du chiffre d'affaires de la société d'ores et déjà en difficultés, l'augmentation substantielle de la rémunération du gérant, ainsi que des avances consenties sur la trésorerie de celle-ci au bénéfice d'une autre société du gérant, constituent des fautes de gestion en lien direct avec l'insuffisance d'actif.

**11/ Com. 20 septembre 2017, pourvoi n° 15-24.644 : L'exclusion du gérant de SARL du champ des procédures collectives n'est pas absolue.**

Pour rappel, dans un arrêt important de 2016, la Cour de cassation a décidé que le gérant d'une SARL, qui agit au nom et pour le compte de la société et non en son nom personnel, n'exerce pas une activité indépendante au sens de l'article L. 631-2 du Code de commerce et partant, n'est pas soumis au champ des procédures collectives (Com. 15 novembre 2016). Aussi, par principe, le gérant de SARL est, es-qualité, exclu du domaine légal de ces procédures. L'intérêt de la présente décision est de préciser la portée et de fixer les limites de l'assertion de principe portée par l'arrêt de 2016. Dans l'arrêt du 20 septembre 2017, la Cour régulatrice précise que l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à l'encontre d'un gérant de société suppose que soit caractérisé l'exercice effectif par ce dernier d'une activité professionnelle indépendante, distincte de celle exercée pour le compte et au nom de la société dont il est le gérant et associé majoritaire, lequel exercice ne peut se déduire de sa seule inscription au répertoire des entreprises et de leurs établissements. Autrement dit, par principe, le gérant de SARL n'entre pas dans le champ *ratione personae* des procédures collectives, sauf à démontrer que « *l'exercice effectif d'une activité professionnelle indépendante, distincte de celle exercée pour le compte et au nom de la société dont il est le gérant et associé majoritaire* ».



## 12/ Com. 20 septembre 2017, pourvoi n° 16-14.065 : Le rôle essentiel du juge-commissaire en matière de résiliation des contrats en cours.

Si les faits de l'arrêt importent peu, il en va autrement de la solution première de l'arrêt. A ce titre, et pour rappel, il convient de rappeler que les articles L. 622-13, III et L. 622-14 du Code de commerce encadrent la résiliation de plein droit des contrats continués en cas de défaut d'exécution (paiement) par le débiteur. Encore, l'article R. 622-13 du Code de commerce dispose, en son alinéa 2, que « *Le juge-commissaire constate, sur la demande de tout intéressé, la résiliation de plein droit des contrats dans les cas prévus au III de l'article L. 622-13 et à l'article L. 622-14, ainsi que la date de cette résiliation* ». La question posée aux juges du droit a trait à cette notion de demande, valant saisine du juge-commissaire. Est-ce une simple faculté ou une condition de la résiliation du contrat continué ? La Haute juridiction exclut l'idée d'une faculté pour considérer qu'il s'agit d'une condition impérative. Ainsi doit-on considérer que, lorsque ne sont pas payées à leur échéance, au cours de la période d'observation, des sommes dues en vertu d'un contrat de crédit-bail que l'administrateur a décidé de continuer, et à défaut d'accord du cocontractant pour poursuivre les relations contractuelles, la résiliation de plein droit de ce contrat doit, à la demande de tout intéressé, et nonobstant l'existence d'une clause résolutoire, être constatée par le juge-commissaire qui en fixe la date.

## Procédure Pénale

Olivier Bachelet

Magistrat - Enseignant de Droit privé

### 1/ La loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme

La loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme a été publiée au *Journal officiel* daté du 31 octobre. Elle n'a fait l'objet d'aucune saisine parlementaire du Conseil constitutionnel et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2017.

Ce texte contient plusieurs mesures destinées à « *compenser* » la levée de l'état d'urgence qui sera resté en vigueur du 14 novembre 2015 au 31 octobre 2017. L'étude de la plupart de ces mesures ne relève pas de la procédure pénale dès lors qu'elles se rattachent à la police administrative et sont inscrites dans le Code de la sécurité intérieure. Il s'agit, pour l'essentiel :

- des mesures préventives pouvant désormais être ordonnées par le préfet :
  - mise en place de « *périmètres de protection* », au sein desquels l'accès et la circulation des personnes sont réglementés, lorsqu'un lieu ou un événement paraît soumis à un risque d'actes de terrorisme (article premier de la loi ; article L. 226-1 du Code de la sécurité intérieure) ;
  - décision, aux fins de prévention des actes de terrorisme, de fermeture, pour une durée de six mois au plus, des lieux de cultes dans lesquels les propos qui sont tenus, les idées ou théories qui sont diffusées ou les activités qui se déroulent, provoquent à la commission d'actes de terrorisme en France ou à l'étranger, incitent à la violence ou font l'apologie de tels actes (article 2 de la loi ;

articles L. 227-1 et L. 227-2 du Code de la sécurité intérieure) ;

- réalisation, après autorisation préalable et sous contrôle du juge des libertés et de la détention près le Tribunal de grande instance de Paris, de visites et saisies dans les lieux fréquentés, soit par toute personne habituellement en relation avec des personnes ou organisations aux visées terroristes, soit par des personnes soutenant ou adhérant à des thèses d'incitation au terrorisme, sinon faisant l'apologie de tels actes (article 4 de la loi ; articles L. 229-1 et suivants du Code de la sécurité intérieure) ;

- et des mesures de surveillance individuelle ordonnées par le ministre de l'Intérieur à l'encontre de « *toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics et qui soit entre en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme, soit soutient, diffuse, lorsque cette diffusion s'accompagne d'une manifestation d'adhésion à l'idéologie exprimée, ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes* » :

- obligation de demeurer dans un périmètre déterminé (qui ne peut être inférieur au territoire de la commune de résidence) et doit ménager la vie familiale et professionnelle de l'intéressé ;

- obligation de se présenter périodiquement (le cas échéant tous les jours, dimanches et jours fériés compris) aux services de police, cette obligation pouvant être remplacée, avec l'accord écrit de l'intéressé, par un placement sous surveillance électronique mobile ;

- obligation de déclarer son lieu d'habitation (article 3 de la loi ; articles L. 228-1 et suivants du Code de la sécurité intérieure).

Il est à noter que les dispositions relatives aux mesures susmentionnées sont applicables jusqu'au 31 décembre 2020 (article 5 de la loi). Ce texte prévoit également certaines mesures relevant de la procédure pénale sans, toutefois, bouleverser l'économie générale de celle-ci. Ainsi en est-il, par exemple, de l'allongement de la liste des infractions pouvant faire l'objet de la procédure dérogatoire relative à la criminalité et à la délinquance organisées (article 9 de la loi ; articles 706-73 et suivants du Code de procédure pénale) ou de l'extension, à la fois temporelle (leur durée maximale en un même lieu est portée à douze heures au lieu de six auparavant) et locale (ils peuvent être exercés, non seulement dans les gares ferroviaires et routières ouvertes au trafic international, mais également « *aux abords* » de celles-ci), des contrôles destinés à prévenir la criminalité transfrontière (article 19 de la loi ; article 78-2 du Code de procédure pénale).

## **2/ Cass. crim., 28 mars 2017, n° 16-85.072 et 16-85.073 : Le juge pénal est compétent pour contrôler les perquisitions administratives décidées dans le cadre de l'état d'urgence**

En l'espèce, des perquisitions administratives avaient permis de saisir des armes de catégorie C et de la drogue. À l'audience de ces deux affaires, les prévenus soutenaient la nullité des arrêtés préfectoraux et, dans les deux cas, les juges d'appel accueilleraient les exceptions de nullité au motif que les arrêtés ne faisaient « *référence à aucun élément factuel, fût-il sommaire, propre à établir le bien-fondé des mesures au regard de la nécessité de la sécurité et de l'ordre public et à justifier l'urgence attachée à la réalisation de la perquisition* », en sorte que les arrêtés étaient insuffisamment précis pour justifier la contrainte exercée. Sur pourvoi du procureur général, les deux arrêts sont cassés : la Chambre criminelle décide que, si la Cour d'appel estimait l'arrêt insuffisamment motivé, « il lui

incombait de solliciter le ministère public afin d'obtenir de l'autorité préfectorale les éléments factuels sur lesquels celle-ci s'est fondée pour prendre sa décision ».

De la sorte, la Chambre criminelle confirme sa jurisprudence inaugurée le 13 décembre 2016 : le juge pénal peut statuer à titre d'exception sur les demandes de nullité de l'arrêté, tandis que, de son côté, le juge administratif est compétent pour apprécier par voie d'action la légalité de l'arrêté. Mais, une nouveauté apparaît : la Cour de cassation invite le juge pénal à saisir le parquet aux fins de précisions complémentaires s'il estime que l'arrêté est insuffisant quant aux données de fait. L'on peut s'interroger sur la pertinence d'une telle solution dès lors que la procédure de consultation obligatoire du préfet sur demande du ministère public, lui-même missionné par le juge, va à l'encontre de l'exigence de célérité voulue par le législateur et le juge, qui permet à ce dernier de statuer lui-même sur la légalité de l'arrêté, sans recourir au moyen bien lourd de la question préjudicielle.

### **3/ CEDH, gde ch., 12 mai 2017, *Simeonovi c/ Bulgarie*, n° 21980/04 : Droit à l'intervention d'un avocat et appréciation globale de l'équité de la procédure pénale.**

En l'espèce, dans le cadre de la procédure pénale menée contre lui des chefs de vol à main armée et de meurtres, ayant abouti à sa condamnation à une peine de réclusion à perpétuité, le requérant avait été privé de l'accès à un avocat pendant les trois premiers jours de sa détention sans qu'aucune consignation écrite du déroulement de cette détention ne fut réalisée par les autorités.

Dans son arrêt du 12 mai 2017, face aux déclarations contradictoires des parties, la Cour européenne n'a pas pu établir si le requérant avait demandé à consulter un avocat. Elle a, en revanche, constaté qu'à aucun moment ses droits ne lui avaient été notifiés. Or, elle rappelle que la renonciation à un droit, pour qu'elle soit « volontaire, consciente et éclairée », suppose que l'accusé soit informé de ses droits, ce droit étant inhérent au droit de garder le silence et au droit d'être assisté d'un

avocat. La Cour constate, par conséquent, que le droit à l'assistance d'un avocat a été restreint et que le Gouvernement n'a fait valoir aucune « raison impérieuse » justifiant cette restriction, qui semble correspondre à une pratique des autorités.

La Cour se livre, ensuite, à un examen de l'équité globale de la procédure. Elle attache « une importance décisive » au fait que pendant la période de détention aucun élément de preuve qui aurait pu être utilisé contre le requérant n'a été obtenu et versé au dossier pénal. De plus, le requérant étant volontairement passé aux aveux alors qu'il était assisté d'un avocat, elle estime que l'absence d'avocat au cours de sa garde à vue n'a aucunement nui à son droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Enfin, sa condamnation reposant sur un ensemble de preuves concordantes et l'affaire ayant été examinée au cours de trois instances, la Cour conclut à l'absence de violation de l'article 6, §§ 1<sup>er</sup> et 3, de la Convention.

De la sorte, la Cour de Strasbourg vient confirmer la nuance apportée, dans le contexte de la lutte anti-terroriste (CEDH, 13 septembre 2016, *Ibrahim et autres c/ Royaume-Uni*), à sa jurisprudence protectrice du droit à l'assistance d'un avocat (CEDH, gde ch., 27 novembre 2008, *Salduz c/ Turquie*). Le raisonnement tenu par la Cour laisse entendre que la méconnaissance du droit à l'intervention d'un avocat ne doit entraîner de conséquences procédurales que s'il est établi un grief pour la personne concernée. À cet égard, la jurisprudence développée par la Cour de cassation, qui fait de la méconnaissance du droit à l'intervention d'un avocat une nullité assimilée à une nullité d'ordre public (voir, notamment : Cass. crim., 30 avril 1996 et 9 mai 2001), donc dispensée de la preuve d'un grief, apparaît plus protectrice des droits de la défense.

**4/ Cass. ass. plén., 10 novembre 2017, n° 17-82.028 : Application du principe de loyauté à l'autorité publique ayant participé indirectement à l'obtention des enregistrements clandestins.**

En l'espèce, dans le cadre d'une tentative de chantage initiée par deux journalistes à l'égard du roi du Maroc, un avocat saisissait le parquet et fournissait des enregistrements clandestins attestant de sa réalité. Ledit avocat organisait d'autres rencontres avec les maîtres chanteurs, auxquelles il conviait discrètement les enquêteurs qui avaient l'occasion, non seulement d'entendre la conversation, mais également, suite à la remise par l'avocat des enregistrements effectués par ses soins, de les retranscrire par procès-verbaux. La question qui se posait était donc celle de savoir si la présence passive des enquêteurs en surveillance au moment des rendez-vous, suivie de la remise des enregistrements clandestins, ensuite retranscrits était de nature à constituer des agissements déloyaux de la part de l'autorité publique rendant irrecevables les preuves ainsi obtenues. Les journalistes furent mis en examen des chefs de chantage et d'extorsion de fonds. Ils saisirent la Chambre de l'instruction de deux requêtes en nullité des enregistrements, des procès-verbaux de retranscription et des actes subséquents. En vain.

Néanmoins, dans son arrêt du 20 septembre 2016, la Chambre criminelle a censuré cet arrêt en affirmant, au visa des articles 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et préliminaire du Code de procédure pénale, que « *porte atteinte aux principes du procès équitable et de la loyauté des preuves la participation de l'autorité publique à l'administration d'une preuve obtenue de façon illicite ou déloyale par une partie privée* ». La Chambre criminelle a alors estimé, en effet, qu'il se déduisait des mentions de l'arrêt censuré « *que l'autorité publique avait participé indirectement à l'obtention des enregistrements, par un particulier, sans le consentement des intéressés, de propos tenus par eux à titre privé* ».

La Chambre de l'instruction de renvoi a résisté à cette appréciation. Elle a retenu, pour

l'essentiel, qu'il est légitime qu'une victime, ayant déposé plainte pour chantage et extorsion de fonds, informe les enquêteurs de l'avancement des démarches de ceux auxquels il prête des agissements répréhensibles et des pourparlers en cours lors de ses rencontres avec ceux-ci, que les services de police et les magistrats, saisis d'une plainte pour chantage et extorsion de fonds, se doivent d'intervenir pour organiser des surveillances de nature à confirmer ou infirmer les dires du plaignant et, si nécessaire, interpellier les auteurs, que les remises aux enquêteurs à bref délai des enregistrements réalisés par le représentant du plaignant et leur transcription par les enquêteurs sont dépourvus de toute portée quant au rôle actif susceptible d'être prêté à ces derniers et que le seul reproche d'un « laisser faire » des policiers, dont le rôle n'avait été que passif, ne peut suffire à caractériser un acte constitutif d'une véritable implication.

L'assemblée plénière de la Cour de cassation devait donc se prononcer dans cet arrêt, ce qu'elle a fait dans du 10 novembre 2017. Dans cet arrêt, au terme du contrôle opéré sur la qualification apportée aux faits par les juges du fond, a considéré que la Chambre de l'instruction avait pu déduire de ses constatations « *l'absence de participation directe ou indirecte de l'autorité publique à l'obtention des enregistrements litigieux, ce dont il résultait que le principe de la loyauté de la preuve n'avait pas été méconnu* ».

La note explicative de cet arrêt, publié sur le site internet de la Cour de cassation, mentionne que « *les juges du fond disposent ainsi d'une marge d'appréciation au regard des circonstances de l'espèce, le contrôle de la Cour de cassation s'apparentant, dans une certaine mesure, à celui de « l'erreur manifeste d'appréciation »* ». De la sorte, l'assemblée plénière ne remet pas en cause le critère dégagé par la Chambre criminelle, selon lequel la participation indirecte des enquêteurs dans l'obtention d'une preuve déloyale constitue une cause de nullité, mais considère que les énonciations des juges du fond ne permettent pas de démontrer une telle participation indirecte.



### 5/ CE, 24 mai 2017, n° 395.321 : Illégalité du décret relatif à la transaction pénale par OPJ.

En l'espèce, un recours pour excès de pouvoir avait été formé par le syndicat de la magistrature et le syndicat des avocats de France afin de soulever l'illégalité du décret n° 2015-1272 du 13 octobre 2015 qui avait précisé le régime applicable à la transaction pénale par officier de police judiciaire (articles R. 15-33-37-1 à R. 15-33-37-6 du Code de procédure pénale). Les requérants faisaient alors valoir que les dispositions relatives à la transaction pénale constituaient une méconnaissance du droit au procès équitable.

Le Conseil d'État, accueillant les arguments des demandeurs, déclare l'annulation des dispositions visées. La Haute juridiction administrative considère, en effet, que « *cette procédure de transaction pénale doit reposer sur l'accord libre et non équivoque de l'auteur des faits, qui implique, notamment, la complète connaissance, par l'intéressé, de la nature des faits reprochés et de leur qualification juridique ; que, toutefois, ni l'article 41-1-1 du Code de procédure pénale ni les dispositions de ce code introduites par le 1° de l'article 1<sup>er</sup> du décret attaqué ne prévoient que la personne à qui est proposée la transaction soit dûment informée de la nature des faits reprochés ainsi que de leur qualification juridique ; qu'il résulte de ce qui précède que le 1° de l'article 1<sup>er</sup> du décret méconnaît le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ; que, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens dirigés contre ces dispositions, qui sont divisibles des autres dispositions du décret attaqué, les syndicats requérants sont fondés à en demander l'annulation* ».

Le mécanisme de l'article 41-1-1 du Code de procédure pénale n'en finit plus d'être révisé. En effet, l'arrêt évoqué du Conseil d'État suit la déclaration d'inconstitutionnalité partielle de l'article 41-1-1 et la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel à l'occasion d'une décision QPC du 23 septembre 2016 à propos du droit à l'assistance d'un avocat.

### 6/ Cass. crim., 28 juin 2017, n° 17-81.510 : application dans le temps de la loi du 27 février 2017

La succession de lois modifiant une disposition pénale peut poser difficulté. L'entrée en vigueur de la récente loi relative à la réforme de la prescription a, en particulier, soulevé des interrogations.

Ainsi, l'article 4 de la loi du 27 février 2017 exclut l'application immédiate du nouvel article 9-1 du Code de procédure pénale aux faits antérieurs ayant donné lieu à la mise en mouvement de l'action publique. Ce texte prévoit des dispositions plus douces en ce que le délai de prescription de l'infraction occulte ou dissimulée ne peut excéder douze années révolues pour les délits et trente années pour les crimes à compter de la commission des faits (délai butoir).

Un requérant a estimé que l'exclusion de l'application de l'article 112-2, 4°, du Code pénal prévoyant l'application immédiate des lois de prescription de l'action publique était notamment contraire au principe de rétroactivité *in mitius* consacré par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. La Chambre criminelle a, toutefois, refusé de transmettre cette QPC au Conseil constitutionnel, estimant qu'elle ne présentait pas un caractère sérieux notamment parce que la question posée, portant sur une disposition ayant vocation à aménager dans le temps les conséquences de la modification des règles relatives à la prescription des crimes et délits qui a pour seul effet de faire obstacle à l'exercice des poursuites, est étrangère aux droits et libertés garantis par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme définissant les principes de légalité criminelle et de nécessité des peines.

De la sorte, la Haute juridiction judiciaire reprend une jurisprudence bien ancrée. En effet, l'application immédiate des lois de forme apparaît conforme à la jurisprudence européenne (CEDH, 19 décembre 1997, *Brualla Gomez de la Torre c/ Espagne*) et à la jurisprudence constitutionnelle, le Conseil ayant considéré que « *le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit* », en l'occurrence prévoir l'application rétroactive de

règles procédurales plus favorables, ce qui *a contrario* signifie que cette application rétroactive est exceptionnelle (Cons. const., déc. n° 2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010).

## Droit Pénal Spécial

Rodolphe MESA et  
Olivier BACHELET  
Enseignants de Droit privé

### 1/ Cass. crim., 8 février 2017, n° 16-80.102 : élément moral du délit de corruption de mineur

Par un arrêt rendu le 8 février 2017, la Chambre criminelle de la Cour de cassation est venue apporter différentes précisions sur l'élément moral du délit de corruption de mineur. Elle a ainsi jugé qu'à défaut d'établir que son but est de pervertir la sexualité d'un mineur, l'envoi de SMS par un moniteur d'équitation à son élève de moins de quinze ans l'incitant à expérimenter pour la première fois avec lui des actes sexuels n'est pas constitutif du délit de corruption de mineur.

### 2/ Cass. crim., 14 mars 2017, n° 16-81.805 : usage et détention de stupéfiants en concours

En l'espèce, lors d'une interpellation pour des faits de risques causés à autrui, un automobiliste est trouvé en possession de trois grammes de cannabis. Il déclare alors qu'il consomme quotidiennement environ cette quantité de ce produit stupéfiant, depuis une dizaine d'années. Le tribunal correctionnel le condamne pour risques causés à autrui et pour détention de stupéfiants. Sur l'appel formé contre cette décision, la Cour d'appel confirme le jugement et le condamne à dix mois d'emprisonnement et à un an de suspension du permis de conduire. Les magistrats retiennent que le prévenu a été interpellé en possession de trois grammes de résine de cannabis et qu'il a

reconnu faire usage de cette substance depuis plusieurs années. À l'appui de son pourvoi en cassation, l'intéressé conteste la qualification retenue, c'est-à-dire l'application de l'article 222-37 du Code pénal sur le trafic de stupéfiants.

La Cour de cassation accueille le moyen proposé et casse et annule les dispositions relatives à la détention de stupéfiants. Au visa des articles L. 3421-1 du Code de la santé publique, 222-37 du Code pénal et 593 du Code de procédure pénale, la Chambre criminelle affirme que « *les dispositions spéciales du premier de ces textes, incriminant l'usage illicite de produits stupéfiants, excluent l'application du second, incriminant la détention de tels produits, si les substances détenues étaient exclusivement destinées à la consommation personnelle du prévenu [...]* ».

Les infractions en matière de stupéfiants sont particulièrement soumises à ces possibles concours matériels. Telle est la situation pour un consommateur qui doit évidemment, pour pouvoir consommer, détenir de la marchandise. Ainsi, la question à laquelle doivent à nouveau répondre les magistrats de la Cour de cassation est de savoir s'il est possible d'être poursuivi pour la détention de stupéfiants incriminée par l'article 222-37 du Code pénal et l'usage illicite de stupéfiants sanctionné par l'article L. 3421-1 du Code de la santé publique. La question n'est pas nouvelle. La Cour de cassation a déjà jugé qu'une QPC relative à cette difficulté ne présentait pas de caractère sérieux, soulignant que « *les dispositions spéciales de l'article L. 3421-1 du Code de la santé publique, incriminant l'usage illicite de produits stupéfiants, excluent l'application de l'article 222-37 du Code pénal, incriminant la détention de tels produits, s'il est établi que les substances détenues étaient exclusivement destinées à la consommation personnelle du prévenu* » (Cass. crim., 16 septembre 2014).



### **3/ Cass. crim., 28 mars 2017, n° 17-80.041 : élément moral du délit de destruction ou dégradation du bien d'autrui dangereuse pour les personnes**

Par un arrêt en date du 28 mars 2017, la Chambre criminelle de la Cour de cassation est venue apporter différentes précisions sur la consistance de l'élément moral du délit de destruction ou dégradation du bien d'autrui dangereuse pour les personnes de l'article 322-6 du Code pénal.

Elle a ainsi pu considérer que l'article 322-6 précité du Code pénal n'exige pas que l'éventuel auteur, en détruisant, dégradant ou détériorant des biens appartenant à autrui, ait eu l'intention de porter atteinte à l'intégrité physique des personnes par l'un des moyens énumérés par ce texte, mais seulement que ceux-ci, en raison de leur nature, aient été susceptibles de créer un danger pour les personnes, mais aussi qu'il en est de même de l'éventuel auteur ayant détenu ou transporté des substances, produits incendiaires ou explosifs en vue de préparer des infractions définies à l'article 322-6 précité ou des atteintes aux personnes.

Le *dol praeter intentionnel* n'est donc pas pris en compte comme circonstance permettant d'éluder la responsabilité pénale de la personne poursuivie.

### **4/ Cass. crim., 20 avril 2017, n° 16-80.091 : définition de la personne investie d'une mission de service public**

Par un arrêt rendu le 20 avril 2017, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a précisé les différentes catégories de personnes pouvant être regardées comme investies d'une mission de service public au sens de l'article 432-15 du Code pénal incriminant le détournement de biens ou de fonds publics. Il a en effet été jugé qu'à la qualité de personne chargée d'une mission de service public, au sens de l'article 432-15 précité, le directeur d'une agence de la Banque postale qui, à ce titre, veille à l'accomplissement de la mission de service public d'accessibilité bancaire définie par la loi et que, par conséquent, justifie sa décision

l'arrêt qui condamne, sur le fondement de ce texte, un directeur d'agence postale après avoir relevé qu'il avait détourné des fonds déposés dans l'agence, peu important que les détournements n'aient pas été commis à l'occasion de l'exécution de la mission d'accessibilité bancaire dont il était investi.



**CRISP**

**Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation**

