

Magazine d'actualités juridiques

Produit par la Faculté de Droit Virtuelle de l'Université Jean Moulin - Lyon 3
Sous la direction du Professeur Hervé Croze et de Mme Céline Wrazen, Docteur en droit de l'Université Jean Moulin Lyon 3

Janvier 2014

Auteurs :

Elise UNTERMAIER-KERLEO
Céline WRAZEN
Aurélien ROCHER
Maître Fanélie THIBAUD
Shérif ELATAFY
Stéphanie ARIAGNO-PRACCA
Carine COPAIN
Camille KUREK
Hervé CROZE

Table des matières

1 - Droit administratif.....	p. 2
Qui ne dit mot consent ! Le silence gardé pendant deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision d'acceptation.....	p. 2
La nomination des présidents des sociétés publiques de l'audiovisuel ne relève plus du Président de la République mais du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel.....	p. 3
2 - Droit fiscal.....	p. 5
Territorialité de la TVA : interdiction de pratiquer un "prorata mondial".....	p. 5
3 - Droit commercial.....	p. 7
L'action pour rupture brutale des relations commerciales établies suite à un contrat de transport non soumise au délai de prescription d'un an.....	p. 7
4 - Procédure civile.....	p. 8
Distinction entre arbitrage et expertise.....	p. 8
5 - Procédure pénale.....	p. 10
Enquête de police et protection de la vie privée : selon la Cour de cassation, la partie privée d'un site internet est publique.....	p. 10
La nullité de la géolocalisation ordonnée par le Procureur de la République au cours d'une enquête préliminaire.....	p. 11
6 - Droits de l'Homme.....	p. 13
Droit d'asile: le Conseil d'Etat valide le transfert de protection du statut de réfugié.....	p. 13
7 - Institutions juridictionnelles.....	p. 15
Accès à la profession d'avocat.....	p. 15

1 - Droit administratif

Qui ne dit mot consent ! Le silence gardé pendant deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision d'acceptation

Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens, JORF n° 0263 du 13 novembre 2013 p. 18407

Article 3 de la Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens modifiant l'article 21 de la Loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (dite loi DCRA). Il est ainsi rédigé :

« Art. 21.-I. • Le silence gardé pendant deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision d'acceptation.

« La liste des procédures pour lesquelles le silence gardé sur une demande vaut décision d'acceptation est publiée sur un site internet relevant du Premier ministre. Elle mentionne l'autorité à laquelle doit être adressée la demande, ainsi que le délai au terme duquel l'acceptation est acquise.

« Le premier alinéa n'est pas applicable et, par dérogation, le silence gardé par l'administration pendant deux mois vaut décision de rejet :

« 1° Lorsque la demande ne tend pas à l'adoption d'une décision présentant le caractère d'une décision individuelle ;

« 2° Lorsque la demande ne s'inscrit pas dans une procédure prévue par un texte législatif ou réglementaire ou présente le caractère d'une réclamation ou d'un recours administratif ;

« 3° Si la demande présente un caractère financier sauf, en matière de sécurité sociale, dans les cas prévus par décret ;

« 4° Dans les cas, précisés par décret en Conseil d'Etat, où une acceptation implicite ne serait pas compatible avec le respect des engagements internationaux et européens de la France, la protection de la sécurité nationale, la protection des libertés et des principes à valeur constitutionnelle et la sauvegarde de l'ordre public ;

« 5° Dans les relations entre les autorités administratives et leurs agents.

« II. • Des décrets en Conseil d'Etat et en conseil des ministres peuvent, pour certaines décisions, écarter l'application du premier alinéa du I eu égard à l'objet de la décision ou pour des motifs de bonne administration. Des décrets en Conseil d'Etat peuvent fixer un délai différent de celui que prévoient les premier et troisième alinéas du I, lorsque l'urgence ou la complexité de la procédure le justifie. » ;

Note - Initialement, la loi adoptée le 12 novembre 2013 avait uniquement pour objet d'habiliter le Gouvernement à agir dans le domaine législatif, par voie d'ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution. Ainsi le Parlement a-t-il confié à l'exécutif le soin de rassembler dans un Code des relations entre le public et les administrations, les règles relatives à la procédure administrative non contentieuse. Ce code, que l'on attend depuis des années, constituerait le pendant du Code de justice administrative, qui régit la procédure administrative contentieuse. Il aura pour mérite de rendre plus accessibles aux usagers, mais également aux administrations, les règles qui régissent leurs relations. Se trouveront notamment codifiées les principales dispositions des grandes lois relatives aux droits des administrés, comme la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs ou encore celle du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (dite loi DCRA).

Le projet de loi s'est vu ajouter, lors de son examen au Sénat, une disposition renversant le principe traditionnel selon lequel le silence de l'administration vaut rejet.

Rappelons pour commencer que le droit administratif est un droit non formaliste. À cet égard, un acte administratif ne se présente pas nécessairement sous la forme d'une décision écrite, dans laquelle doivent figurer des mentions particulières. Très souvent, la décision administrative est seulement implicite, c'est-à-dire qu'elle résulte du silence de l'administration. Ce mécanisme de la décision implicite constitue une garantie très importante pour les administrés, afin de les protéger de l'arbitraire de l'administration. En effet, lorsque l'administration ne prend pas la peine de répondre à un administré, son silence fait naître une décision contre laquelle l'administré peut former un recours.

Imaginons par exemple qu'une société demande au Premier ministre d'abroger un décret parce qu'elle estime que celui-ci est contraire à certaines règles du droit de l'Union européenne. Si le Premier ministre ignore la demande d'abrogation, son silence gardé pendant deux mois fait naître une décision implicite de rejet – une DIR dans le jargon des administrativistes. La société peut alors former un recours pour excès de pouvoir contre cette décision implicite. Si le juge administratif lui

donne raison et annule la décision attaquée, alors l'autorité de la chose jugée implique que le Premier ministre fasse droit à la demande de la société et abroge le décret litigieux.

Désormais, selon l'article 21 de la loi DCRA du 12 avril 2000 précitée, dans sa rédaction issue de la loi du 12 novembre 2013, le silence gardé par l'administration sur une demande pendant deux mois vaut décision d'acceptation. Cette réforme avait été annoncée par le Président de la République lui-même à l'occasion d'une conférence de presse le 16 mai 2013, qui la présentait comme « une forme de révolution ». Il s'agit en effet d'une règle tout-à-fait favorable aux citoyens : dès lors que l'administration n'aura pas respecté les délais d'instruction, l'autorisation demandée sera considérée comme donnée. L'administré n'aura donc plus à saisir le juge.

Ceci étant, la décision implicite d'acceptation n'est pas nouvelle : avant la loi du 12 novembre 2013, il existait déjà un grand nombre de décisions implicites d'acceptation, comme le permis de construire tacite. En effet, selon l'article L. 424-2 du Code de l'urbanisme, « Le permis est tacitement accordé si aucune décision n'est notifiée au demandeur à l'issue du délai d'instruction ».

Par ailleurs, le principe selon lequel le silence gardé pendant deux mois par l'administration vaut décision implicite d'acceptation, est assorti d'une liste considérable d'exceptions. Ainsi, le silence continuera à valoir refus pour les décisions qui n'ont pas un caractère individuel, et donc pour les actes administratifs réglementaires. Le silence vaudra également toujours refus pour les demandes qui présentent un caractère financier, ce qui est heureux pour la sauvegarde des deniers publics : il suffirait que l'administration ne réponde pas à une demande de subvention pour que cette subvention soit accordée ! En outre, des décrets en conseil des ministres pourront écarter le nouveau principe pour certaines décisions, « eu égard à l'objet de la décision ou pour des motifs de bonne administration ».

Notons pour finir que la liste des procédures pour lesquelles le silence vaut acceptation devra être publiée sur un site internet dépendant du Premier ministre. La nouvelle règle entrera en vigueur un an après la promulgation de la loi pour les décisions relevant de la compétence de l'Etat et de ses établissements publics, deux ans pour les collectivités territoriales.

Elise UNTERMAIER-KERLEO

Maître de conférences à l'Université Jean Moulin Lyon 3

La nomination des présidents des sociétés publiques de l'audiovisuel ne relève plus du Président de la République mais du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel

[Loi organique n° 2013-1026 du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public, JORF 16 novembre 2013, p. 18616](#)

« Article 1

La loi organique n° 2009-257 du 5 mars 2009 relative à la nomination des présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France est abrogée.

Article 2

Les trente et unième, quarante-quatrième et quarante-septième lignes du tableau annexé à la loi organique n° 2010-837 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution sont supprimées.

Article 3

[Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2013-677 DC du 14 novembre 2013.] »

Note – La loi organique du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public, composée de trois articles – dont un censuré par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 14 novembre 2013, Loi organique relative à l'indépendance de l'audiovisuel public, cliquez ici pour lire la décision) abroge en effet la loi organique du 5 mars 2009 relative à la nomination des présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France (article 1er).

Cet ancien texte prévoyait la nomination de ces présidents de sociétés publiques de l'audiovisuel par le Président de la République, conformément au dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution (« Une loi organique détermine les emplois ou fonctions, autres que ceux mentionnés au troisième alinéa, pour lesquels, en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation, le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée. Le Président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins

trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions. La loi détermine les commissions permanentes compétentes selon les emplois ou fonctions concernés. »)

C'est la loi organique n° 2010-837 du 23 juillet 2010 relative à l'application de ce cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution qui établit la liste de ces emplois ou fonctions soumis au pouvoir de nomination du Président de la République, en son article annexe, sous forme de tableau (cliquez ici pour voir le texte).

Sont ainsi supprimées de ce tableau annexé, les mentions des présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France (article 2).

Ces deux articles de la loi organique de 2013 ont été déclarés conformes à la Constitution en ce qu'ils retirent les emplois de présidents de sociétés publiques de l'audiovisuel de la liste des emplois pour lesquels le pouvoir de nomination par le Président de la République.

En revanche, l'article 3 ajoutant à la liste le président de l'Institut national de l'audiovisuel (INA) a été censuré, au motif que « cette fonction n'entre pas dans le champ d'application du dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution ».

Pour savoir qui est désormais compétent en la matière, il convient de se référer à la loi « ordinaire » n° 2013-1028 du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public (Loi n° 2013-1028 du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public, JORF 16 novembre 2013, p. 18622, consultable ici ; 38 articles qui modifient notamment la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication). Il s'agit, à nouveau, du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), qui se prononce à la majorité des membres qui le composent.

Autorité administrative indépendante (AAI) chargée de réguler le secteur de l'audiovisuel, le CSA deviendra à cette occasion, une autorité publique indépendante (API) au 1er janvier 2014, au même titre qu'HADOPI (Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet) ou l'AMF (Autorité des marchés financiers). Quelle différence ? Entre indépendance vis-à-vis de l'Etat et plus grande réactivité dans ses décisions ?

La personnalité morale tout d'abord, qu'il acquiert, distincte de l'Etat. Il sera donc responsable sur le plan juridique et financier de toutes ses décisions. Il disposera de l'autonomie de gestion tout en pouvant agir en justice. Un pouvoir de sanction possible, ensuite, à condition de respecter le principe de la légalité des délits et des peines ainsi que des droits de la défense.

Dans le même temps, sa composition est modifiée.

Enfin, concernant les aspects les plus importants, en cas de litige, le Conseil supérieur de l'audiovisuel assurera une mission de conciliation entre éditeurs de services et producteurs d'œuvres ou de programmes audiovisuels ou leurs mandataires, ou les organisations professionnelles qui les représentent.

La séparation entre les " quatre " pouvoirs (législatif, exécutif, judiciaire, médias ?) semble donc renforcée.

Céline WRAZEN
Docteur en droit
Chargée d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3

2 - Droit fiscal

Territorialité de la TVA : interdiction de pratiquer un "prorata mondial"

CJUE, 1re ch., 12 septembre 2013, aff. C-388/11

« ... Les articles 17, §2 et 5, et 17 §3, a et c, ainsi que 19, §1 de la sixième directive doivent être interprétés en ce sens que, pour la détermination du prorata de déduction de la TVA qui lui est applicable, une société, dont le siège est situé dans un État membre, ne peut pas prendre en compte le chiffre d'affaires réalisé par ses succursales établies dans d'autres États membres ou dans des États tiers ;

L'article 17, §5, alinéa 3 de la sixième directive ne permet pas à un État membre de retenir une règle de calcul du prorata de déduction par secteur d'activité d'une société assujettie autorisant celle-ci à prendre en compte le chiffre d'affaires réalisé par une succursale établie dans un autre État membre ou dans un État tiers. »

Note - Le contentieux sur lequel la CJUE a, tout récemment, apporté son éclairage technique se rattache à une vérification de comptabilité de la banque LCL, dont le siège est établi en France et qui détient des succursales à l'étranger. Elle a fait l'objet de rappels de TVA subséquents portant sur la période comprise entre le 1er janvier 1988 et le 31 décembre 1989. C'est l'interprétation des termes de l'ancienne sixième directive 77/388/CEE du 17 mai 1977 (TVA) qui était en discussion, débat qui a conservé son intérêt puisque le phrasé actuellement retenu en droit positif est resté quasiment identique.

Rappel du principe du coefficient de déduction de la TVA

Nous rappelons au préalable que la TVA en tant qu'impôt frappant la consommation doit reposer effectivement sur le consommateur final et qu'aux fins d'assurer une neutralité de la TVA pour les opérateurs économiques, il leur est possible de déduire la TVA qu'ils ont eu à supporter en amont de leurs opérations sur la TVA facturée par eux en aval de leurs transactions. Toutefois, ce droit à déduction n'est pas tout le temps intégral (100% de la TVA payée aux fournisseurs) mais proratisé le cas échéant en proportion du chiffre d'affaires soumis à TVA sur le chiffre d'affaires total de l'entreprise.

La théorie de l'unicité de la personnalité juridique et la neutralité de la TVA

Au cas particulier, il était reproché à la banque d'avoir pris en compte le montant des intérêts des prêts consentis à ses succursales établies en dehors du territoire français pour calculer le prorata de déduction de la TVA applicable à la banque. La problématique de la détermination de ce taux se posait donc ici avec une particulière acuité dès lors que les succursales à l'étranger ne formaient avec celles situées en France et le siège social qu'une seule et même entité juridique. Pareille question ne se serait pas posée avec des filiales étrangères juridiquement indépendantes.

Fort de cette unicité de la personnalité juridique, la banque LCL a considéré que les opérations entre le siège et ses succursales tant en France qu'à l'étranger devaient être analysées comme des opérations purement internes inexistantes au regard de la TVA, le siège et ses succursales constituant « un assujetti unique ». De même et en toute logique, la détermination du coefficient de déduction impliquait donc de prendre en compte les chiffres d'affaires réalisés par ses succursales étrangères.

Au soutien de cette argumentation, le contribuable se fondait sur l'arrêt FCE Bank (CJCE, 2e ch., 23 mars 2006, aff. C-210/04, FCE Bank : Dr. fisc. 2006, n° 48, comm. 748) au regard de l'unicité de la personnalité juridique et s'en sert pour appuyer le principe essentiel de la TVA européenne qu'est le principe de neutralité de la TVA (la TVA ne devant pas être une charge définitive pour l'entreprise). Or, dès lors que le siège acquitterait des dépenses communes pour le compte de ses nombreuses succursales, la non prise en compte des chiffres d'affaires et affectation à une activité taxable réalisés à l'étranger impacteraient négativement son droit à déduction (CA soumis à la TVA dans le pays du siège / CA total).

Le principe de territorialité de la TVA

A cette argumentation s'opposait la vision de l'administration fiscale française soutenue en cela par l'avocat général. Fondée sur une préoccupation finalement davantage politique et organisationnelle, leur conception se base sur le principe de territorialité de la TVA avec l'idée sous-jacente que chaque Etat membre dispose de sa propre sphère nationale d'application de la TVA, avec ses propres règles à même de lui assurer l'essentiel du produit de la TVA sur les transactions opérées sur son territoire. Les arguments du LCL étaient solides et défendables (I. Féron et R. Zana, LCL ou le prorata mondial : des ouvertures mais pas encore de conclusion : Dr. fisc. 2013, n° 12, act. 152) mais la CJUE a préféré s'en tenir à une solution bien connue et moins dangereuse en cantonnant bien les activités taxables dans les sphères territoriales en cause.

Ainsi, en conclusion de ces propos sur l'une des questions les plus techniques de la TVA, le lecteur intéressé retiendra les points suivants tels qu'inculqués par les Sages de Luxembourg :

- pour la détermination du prorata de déduction de la TVA qui lui est applicable, une société, dont le siège est situé dans un Etat membre, ne peut pas prendre en compte le chiffre d'affaires réalisé par ses succursales établies dans d'autres Etats membres ou dans des Etats tiers ;

- dans le même temps, un Etat membre ne peut pas retenir une règle de calcul du prorata de déduction par secteur d'activité d'une société assujettie autorisant celle-ci à prendre en compte le chiffre d'affaires réalisé par une succursale établie dans un autre Etat membre ou dans un Etat tiers.

Pour les entreprises concernées, la seule solution pratique à mettre en œuvre pour éviter une déperdition de TVA consistera à localiser les dépenses au plus près de leur affectation à une activité taxable dans les pays concernés pour maximiser le coefficient de déduction. Ainsi, le siège devra peut-être cesser de recueillir la majorité des dépenses communes au profit d'une redistribution entre les différentes filiales selon leur propre affectation desdites dépenses.

Aurélien ROCHER
Eleve-avocat
Chargé d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3

3 - Droit commercial

L'action pour rupture brutale des relations commerciales établies suite à un contrat de transport non soumise au délai de prescription d'un an

Cass. com., 1er octobre 2013, n° 12-23.456

« Vu les articles L. 133-6 et L. 442-6 -I-5° du code de commerce ;

Attendu que le premier de ces textes ne concerne que les actions auxquelles donne lieu le transport de marchandises, à l'exclusion de celles exercées sur le fondement du second ;

(...)

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'action pour rupture brutale de relations commerciales établies, fussent-elles nées d'un contrat de transport, n'est pas soumise à la prescription annale de l'article L. 133-6 du code de commerce, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »

Note – Le Code de commerce encadre les relations commerciales entre professionnels afin d'éviter un déséquilibre entre les parties.

Ainsi, les articles L. 442-1 et suivants du même code prévoient des dispositions imposant les conditions des négociations commerciales, mais également de la fin des relations commerciales.

L'article L. 442-6 prévoit notamment la possibilité d'obtenir des dommages intérêts en cas de rupture brutale des relations commerciales établies. En effet, lorsque des relations commerciales ont été instaurées durablement, la fin de ces relations est encadrée par le respect d'un préavis. A défaut, on parle de rupture brutale des relations commerciales pouvant donner lieu à l'octroi de dommages-intérêts.

Par un arrêt en date du 1er octobre 2013, la Cour de cassation a affirmé que l'action pour rupture brutale des relations commerciales établies découlant d'un contrat de transport n'est pas soumise au délai de prescription d'un an prévu à l'article L. 133-6 du Code de commerce dont les dispositions s'appliquent à toute action née d'un contrat de transport.

En l'espèce, une société commissionnaire de transport confiait la livraison de produits frais à une société de transport depuis une quinzaine d'années. En 2005 et 2006, le commissionnaire aurait rompu les relations commerciales établies sans préavis. La société de transport l'a alors assignée pour réclamer des dommages-intérêts suite à cette rupture.

Par arrêt du 7 juin 2012 rendu par la Cour d'appel de Caen, la société de transport a été déboutée en déclarant son action prescrite sur le fondement de l'article L. 133-6 du Code de commerce.

Argument soulevé par le commissionnaire de transport, les juges du fond ont estimé que l'action intentée découlait du contrat de transport. Or, selon l'article L. 133-6 du Code de commerce, toute action née d'un contrat de transport est soumise à un délai d'un an. La société de transport se pourvoit alors en cassation contre cette décision.

La question était de savoir si l'action en rupture des relations commerciales établies sans préavis d'un contrat de transport est soumise au délai de prescription d'un an en ce que cette action serait née du contrat de transport conformément aux dispositions de l'article L. 133-6 du Code de commerce.

La Cour de cassation répond par la négative en considérant que l'action fondée sur la rupture brutale des relations commerciales établies, même si elle découle du contrat de transport, n'est pas soumise au délai de prescription d'un an de l'article L. 133-6 du Code de commerce dont le champ d'application exclut cette action.

Ainsi, dès lors que l'action se fonde sur la rupture brutale des relations commerciales établies selon les dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce, le délai de prescription applicable est celui de droit commun, soit un délai de 5 ans.

Maître Fanélie THIBAUD

Avocat au Barreau de Valence (Cabinet CAP CONSEIL Avocats)

Chargée d'enseignements aux Facultés de droit de Valence et Lyon 3

4 - Procédure civile

Distinction entre arbitrage et expertise

Cass. civ. 2ème, 3 octobre 2013, n° 12-25244

« Mais attendu que l'arrêt, bien qu'ayant qualifié à tort de clause compromissoire la clause du contrat d'assurance prévoyant le recours à une expertise amiable pour contrôler l'état de santé de l'assuré, retient exactement que l'intervention de M. Y..., survenue à la suite d'une première expertise par un médecin choisi par l'assureur, ne résulte pas d'une clause compromissoire, mais d'une convention d'arbitrage à laquelle les parties ont, d'un commun accord, recouru après la survenance du litige ; D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Mais attendu que l'arrêt retient que relativement à la portée du document établi par M. Y... le 26 avril 2010, dont il importe de procéder à l'analyse pour en tirer la qualification juridique, il incombe de savoir si le médecin a été désigné en qualité de technicien, auquel cas les parties auraient implicitement convenu de conférer à son rapport médical la valeur et l'autorité d'une expertise judiciaire, ou si, en application des articles 1441 et suivants du code de procédure civile, elles ont entendu s'en remettre à son arbitrage pour mettre fin à leur litige ; que dès lors que le différend portait uniquement sur l'évaluation du taux d'incapacité de l'assuré, les parties ont manifesté leur volonté de conférer à un tiers un pouvoir juridictionnel, c'est-à-dire celui de trancher leur différend en application d'un barème annexé au compromis, renonçant ainsi à toutes voies de recours conformément aux dispositions de l'article 1484 du code de procédure civile ; Que de ces constatations et énonciations, procédant de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve soumis à son examen, la cour d'appel a pu déduire que l'existence du compromis d'arbitrage mis en œuvre par les parties en ce qu'il a institué une procédure qu'elles ont rendue obligatoire, constituait une fin de non-recevoir s'imposant au juge ; D'où il suit que le moyen n'est pas fondé. »

Note - Dans la décision du 3 octobre 2013, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a statué sur une question qu'elle a déjà eu à traiter auparavant dans d'autres domaines, celle de distinguer l'arbitrage de l'expertise, dont l'objet diffère amplement.

Le recours à l'arbitrage a lieu lorsqu'il y a un litige et qu'une solution doit être trouvée, revêtant l'autorité de la chose jugée, s'imposant aux parties comme aux Tribunaux d'Etats.

Le recours à l'expertise, demandée par les parties ou par les juges, permet de recueillir un avis, dénué de caractère obligatoire puisqu'il ne s'impose ni aux parties ni aux juges.

En l'espèce, il s'agissait de qualifier la clause stipulée dans un contrat d'assurance groupe qui prévoyait le recours à un « médecin tiers-arbitre » pour évaluer définitivement le taux d'incapacité professionnelle de l'assuré. Cette clause instituait-elle un recours à l'arbitrage (en référence au terme arbitre) ou à une simple expertise (en référence au terme médecin, l'expert) ? Les conséquences juridiques qui en résultent sont divergentes. Dans le premier cas, la décision du « médecin tiers-arbitre » sera considérée comme une sentence arbitrale définitive ayant force obligatoire et entraînant l'impossibilité de remettre en cause le même litige devant les juridictions. Dans le second cas, les parties pourront soumettre leur différend devant les juridictions étatiques.

Concernant les faits, M. "X" a conclu, par l'intermédiaire de sa banque, un contrat d'assurance groupe avec la société Axa France vie (l'assureur). D'après les termes du contrat, M. "X" peut prétendre à la prise en charge par la société d'assurances de 70 % du montant des prêts en cas de survenance d'une incapacité de travail dont le taux d'invalidité serait supérieur ou égal à 66 %. En 2008, M. "X", à la suite d'un arrêt de travail, a obtenu de l'assureur le paiement des échéances du prêt pour la période comprise entre le 6 mars 2008 et le 6 janvier 2009 jusqu'à sa mise en invalidité de deuxième catégorie. Puis, suite à un examen médical effectué par un expert, il a été conclu, le 1er février 2009, que M. "X" était atteint d'une incapacité fonctionnelle de 35 % et d'une incapacité professionnelle de 80 %.

Le 17 juin 2009, l'assureur a notifié à M. "X" son refus de poursuivre la prise en charge des échéances du prêt puisque les taux retenus par l'expert étaient insuffisants.

M. "X" a alors contesté les conclusions de l'expert et a demandé, le 30 juin 2009, une contre-expertise par M. "Y".

Plus tard, le 4 novembre 2009, les parties au contrat d'assurance ont décidé de signer un compromis d'arbitrage pour régler leur litige, sans qu'aucune autre voie de recours ne soit possible.

" Une clause insérée au contrat d'assurance stipulait expressément qu'en cas de désaccord entre le médecin de l'assuré et le médecin de l'assureur sur l'état d'invalidité, les parties pourraient convenir de s'en remettre à un médecin tiers arbitre, que l'assureur a clairement signifié à M. X... que, faute pour lui de se soumettre à la procédure d'arbitrage prévue au contrat d'assurance, aucune suite favorable ne serait donnée à sa demande d'indemnisation ; qu'en décidant néanmoins que l'intervention de M. Y... ne résultait pas de l'exécution d'une clause compromissoire, mais d'une convention d'arbitrage à laquelle les parties avaient d'un commun accord recouru postérieurement à la survenance de leur litige, quand ce recours constituait en réalité une obligation pour l'assuré en application de la clause compromissoire insérée au contrat, nulle par conséquent, la cour d'appel a violé l'article 2061 du code civil ;"

La dénomination « compromis » justifie-t-elle à elle seule, la mise en place d'un arbitrage dont la sentence met fin définitivement au litige ? M. "Y", deuxième médecin à intervenir, qualifiable d'expert, a donc été reconnu comme étant un « médecin tiers-arbitre » et donc investi, par l'accord des parties au contrat d'assurance, d'un pouvoir juridictionnel.

Si on peut critiquer la décision de la Cour de cassation, il était plutôt tentant de considérer que l'évaluation du taux d'incapacité de l'assuré ressortissait principalement d'une appréciation médicale, donc technique. Cependant, le fait que cette appréciation ait été opérée selon le barème annexé au compromis semble suffire à la Cour pour conclure en l'existence d'un pouvoir juridictionnel et donc emporter application du régime juridique de l'arbitrage à l'ensemble de l'opération.

Shérif ELATIFY

Doctorant

Chargé d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3

5 - Procédure pénale

Enquête de police et protection de la vie privée : selon la Cour de cassation, la partie privée d'un site internet est publique

Cass. crim., 6 novembre 2013, n° 12-87.130

" Attendu que, pour déclarer régulière la consultation de données informatiques sur le site "pharmacyescrow", l'arrêt retient, notamment, qu'elle a été réalisée par les enquêteurs, à partir de leur propre matériel informatique, au moyen d'un code découvert à l'occasion d'une perquisition autorisée par le juge des libertés et de la détention ; que les juges ajoutent qu'il s'agissait d'une simple investigation et non d'une perquisition distincte exigeant une nouvelle décision de ce magistrat et que la seule domiciliation du site en cause aux Etats-Unis ne justifiait pas la mise en oeuvre d'une procédure d'entraide pénale ; Attendu qu'en prononçant par ces seuls motifs, et abstraction faite de la référence erronée, mais surabondante, aux prescriptions de l'article 32 de la Convention du 23 novembre 2001 sur la cybercriminalité, dès lors qu'il ne résulte ni de l'arrêt ni des pièces de la procédure que ce texte était applicable, en l'absence de preuve que les données recherchées étaient stockées sur le territoire des Etats-Unis, la chambre de l'instruction a justifié sa décision ; D'où il suit que le moyen, nouveau en sa deuxième branche, ne saurait être accueilli ; Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ; REJETTE le pourvoi ; "

Note - L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 6 novembre 2013 traite de problématiques contemporaines qui interfèrent dans de nombreuses affaires judiciaires. Il s'agit de voir comment les enquêteurs peuvent conduire des investigations sans pour autant attenter à la vie privée des individus dans le cadre de données privées contenues sur un site internet.

En l'espèce, dans le cadre d'une enquête préliminaire, les enquêteurs ont utilisé un mot de passe retrouvé sur un papier au domicile du prévenu. Ce mot de passe leur a servi à entrer dans un espace privé d'un site internet qui contenait donc des éléments sur la vie privée du prévenu.

La question qui se posait dans cet arrêt était donc de savoir si un tel acte était ou non un acte d'investigation, c'est-à-dire un acte ne nécessitant ni autorisation ni contrôle judiciaire. Or dans le cadre d'une enquête préliminaire, seuls ces actes sont possibles. L'enjeu était donc de taille pour les requérants.

La Cour de cassation procède à une analyse originale de la question. En effet, la Cour a considéré que le site internet est un espace public ouvert à tous et donc ne nécessitant pas d'autorisation particulière pour y accéder. Pour accéder à la partie privée du site internet public, les enquêteurs ont utilisé un code, certes personnel, mais ce code a été découvert dans le cadre d'une perquisition autorisée par le Juge des Libertés de la Détention (JLD). Ainsi, en ayant donné son aval à cette perquisition, le JLD a quelque part autorisé l'usage de ce code personnel.

Evidemment, l'analyse paraît quelque peu hasardeuse. Aucune disposition contenue dans le Code de procédure pénale n'autorise ni n'interdit cet acte. En revanche, le principe de l'enquête préliminaire est l'absence de contrainte. Or en posant comme acte d'investigation le fait d'accéder à la partie privée d'un site internet, la Cour de cassation viole ce principe. La loi prévoit pourtant qu'il faille demander l'autorisation à l'hébergeur des données afin d'y accéder.

Cette solution ne paraît pas être en adéquation avec les dispositions de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme. Le problème de la conformité de cette décision avec l'article 8 de la Convention se pose nécessairement. Une telle solution paraît contrevenir au respect du droit à la vie privée dans le cadre d'une enquête préliminaire car c'est bien ceci qui pose problème. Soit il faut accepter que les enquêteurs, dès le début des investigations, puissent consulter les espaces privés, les messageries et autres fichiers personnels protégés et ainsi ouvrir la boîte de Pandore ou alors il faut redéfinir l'enquête préliminaire en supprimant le principe selon lequel l'enquête préliminaire est non contraignante.

Dans tous les cas, cette décision est très importante car c'est à nouveau la question de la frontière entre les prérogatives de la puissance publique et le respect de la vie privée qui se pose car la Cour de cassation pose un principe permettant de procéder en toute simplicité à des actes graves qui sont d'ordinares soumis à autorisation et contrôle du juge.

Stéphanie ARIAGNO-PRACCA

Doctorante

Chargée d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3

La nullité de la géolocalisation ordonnée par le Procureur de la République au cours d'une enquête préliminaire

Cass. crim., 22 octobre 2013, n°13-81949

« Vu l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Attendu qu'il se déduit de ce texte que la technique dite de " géolocalisation " constitue une ingérence dans la vie privée dont la gravité nécessite qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge ».

Note – L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme reconnaît le droit à la vie privée et familiale. Selon son paragraphe 2, « Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

En l'espèce, un Procureur de la République, au cours d'une enquête préliminaire, avait ordonné une géolocalisation. En vertu des articles 12 et 14 du Code de procédure pénale, le Procureur de la République exerce en effet la direction de la police judiciaire chargée de rassembler les preuves et de rechercher les auteurs des infractions tant qu'une instruction n'a pas été ouverte. Saisie d'une demande de nullité de cette mesure, la Cour d'appel de Paris l'a rejeté.

Elle estime que la géolocalisation ne constitue qu'une simple investigation technique ne portant pas atteinte à la vie privée. La géolocalisation, en l'espèce, était un dispositif permettant, à partir des données transmises par un téléphone portable, de surveiller les déplacements de son utilisateur en temps réel. Aussi, la Cour de cassation casse-t-elle la décision de la Cour d'appel sur ce point pour méconnaissance de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle semble ainsi au contraire considérer que la géolocalisation constitue bel et bien une ingérence dans la vie privée des individus. Une telle mesure, pour être conventionnelle, doit être prévue par la loi et strictement nécessaire à la recherche de la vérité. Or, si les articles 12, 13 et 41 du Code de procédure pénale permettent au Procureur de la République de diriger l'enquête préliminaire, et, à ce titre, d'ordonner certains actes d'enquête, aucun de ces textes ne prévoit explicitement une telle mesure. La Cour de cassation ne se fonde pas expressément sur l'absence de fondement textuel, mais il s'agissait de l'argument principal tant du pourvoi que, a contrario, des juges du fond. La Cour de cassation, dans son « chapeau en-tête », quant à elle, insiste sur la nécessité d'un contrôle par un juge, rappelant la gradation du contrôle des mesures de contrainte progressivement mise en place en droit interne. La géolocalisation constitue une mesure de contrainte suffisamment grave pour justifier l'intervention d'un juge et non seulement du Procureur de la République. Cette mesure doit par conséquent être déclarée nulle.

Cette décision a été confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du même jour (pourvoi n° 13-81945) ainsi que dans un arrêt du 19 novembre 2013 (pourvoi n° 13-84909) refusant la transmission au Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité remettant en cause la conformité de la géolocalisation à la liberté individuelle. A l'inverse, la Cour de cassation, le 22 novembre 2011 (pourvoi n° 11-84308), a admis la mise en place d'un procédé de géolocalisation d'un véhicule dans le cadre d'une instruction en se fondant sur l'article 81 du Code de procédure pénale. Certes, ce texte permet au juge d'instruction de recourir à toute mesure permettant la recherche de la vérité, mais la compatibilité d'une telle décision à l'article 8 § 2 reste douteuse au regard du caractère imprécis de cette disposition. Cela avait d'ailleurs conduit, en 1991, le législateur à intervenir en matière d'écoutes téléphoniques alors même que la Cour de cassation avait retenu le même raisonnement que celui qu'elle retient actuellement s'agissant de la géolocalisation (v. pour la nullité des écoutes téléphoniques dans le cadre de l'enquête avant même l'intervention législative : Ass. Plén. 24 novembre 1989, Bull. n° 2 ; et leur validité dans le cadre de l'instruction : Crim. 15 mai 1990, Bull. n° 193 ; Crim. 6 novembre 1990, Bull. n° 369).

Une intervention législative en la matière serait ainsi la bienvenue.

Carine COPAIN

Docteur en droit
Chargée d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3

6 - Droits de l'Homme

Droit d'asile: le Conseil d'Etat valide le transfert de protection du statut de réfugié

CE, 13 novembre 2013, Cimade, n° 349735

" Considérant, toutefois, qu'une personne qui, s'étant vu reconnaître le statut de réfugié dans un Etat partie à la convention de Genève, sur le fondement de persécutions subies dans l'Etat dont elle a la nationalité, demande néanmoins l'asile en France, doit, s'il est établi qu'elle craint avec raison que la protection à laquelle elle a conventionnellement droit sur le territoire de l'Etat qui lui a déjà reconnu le statut de réfugié n'y est plus effectivement assurée, être regardée comme sollicitant pour la première fois la reconnaissance du statut de réfugié... ".

Note - En l'espèce, un requérant Russe d'origine tchétchène s'est vu reconnaître la qualité de réfugié politique par la Pologne, sur le fondement de la Convention de Genève du 28 juillet 1971. Du fait de sa participation à la première guerre d'indépendance de la Tchétchénie il risquait d'être persécuté dans son pays d'origine. Seulement ses bourreaux l'ont poursuivi jusqu'en Pologne, où il a reconnu l'auteur des tortures qu'il avait subies en 2002.

Notre requérant prend alors la fuite et arrive en France, où il demande l'asile mais sans avoir été admis au séjour. S'enclenche alors une procédure, au terme de laquelle sa demande sera rejetée par le directeur général de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) et par la Cour nationale du droit d'asile (CNDA), au seul motif qu'il n'établissait pas avoir sollicité ou tenter de solliciter la protection des autorités polonaises. Il saisit alors le Conseil d'Etat, qui s'est trouvé face à une épineuse question : peut-on obtenir deux statuts de réfugié, dans deux Etats membres différents ?

Toute la difficulté a été de concilier la protection prévue par la Convention de Genève avec les autres normes ; la Pologne étant membre de l'Union Européenne, le droit commun de l'asile qui est en train de se construire était à prendre en compte. Suivons alors le raisonnement des juges du Palais Royal afin de connaître le sort de notre réfugié.

Le Conseil d'Etat a d'abord commencé par rappeler les règles générales : lorsqu'un statut de réfugié a déjà été reconnu par un Etat signataire de la Convention de Genève, aucune autre protection n'est envisageable sans titre de séjour. Le Conseil d'Etat raisonne en toute logique sur le fondement de la Directive n° 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005, relative aux normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats Membres. Il en découle donc que la possibilité, lorsqu'on est entré irrégulièrement sur le territoire comme c'est le cas pour notre ressortissant, de faire cette demande en tant que primo demandeur, est exclue. Il faut avoir été admis au séjour. Première déception du requérant.

Mais il reprend votre espoir, car le Conseil d'Etat ne s'arrête pas là : la Convention de Genève comporte en son article 33 une obligation de non refoulement, qui implique qu'un réfugié ne peut être renvoyé vers un Etat où il craint pour sa vie, sa sécurité ou sa liberté. Donc en d'autres termes, le Conseil d'Etat reconnaît que si un ressortissant obtient le statut de réfugié dans un Etat signataire de cette Convention, qu'il demande ensuite asile en France et que le pays qui a octroyé le statut de réfugié ne peut plus le protéger (conditions cumulatives), il sera considéré comme un primo demandeur et pourra faire sa demande comme tout demandeur d'asile.

Il reste néanmoins un point à éclaircir, quelles sont ces craintes et comment les prouver ? Selon le Conseil d'Etat, la demande doit être examinée « au regard des persécutions dont le demandeur serait, à la date de sa demande, menacé dans le pays dont il a la nationalité » ; « lorsque le demandeur s'est vu en premier lieu reconnaître le statut de réfugié par un Etat membre de l'Union européenne, les craintes dont il fait état quant au défaut de protection dans cet Etat membre doivent en principe être présumées non fondées ». Il existe en effet une présomption du respect des droits des réfugiés dans les Etats membres, donc encore faut-il renverser cette présomption pour démontrer que la protection accordée en premier lieu n'est pas effective, ce qui complique la situation de notre requérant. Deuxième déception.

Mais une fois de plus celui-ci va voir son sort s'améliorer car cette présomption souffre tout de même d'une petite entorse : elle peut être renversée par tout moyen, si le réfugié apporte la preuve d'un défaut de protection d'un Etat membre. De plus, elle ne vaut pas lorsque cet Etat membre a pris des mesures dérogeant à ses obligations prévues par la CESDH, sur le fondement de l'article 15 (dérogation en cas d'état d'urgence), « ou dans le cas où seraient mises en œuvre à l'encontre de cet Etat membre les procédures, prévues à l'article 7 du Traité sur l'Union européenne, soit de prévention, soit de sanction d'une violation des valeurs qui fondent l'Union européenne ».

Heureusement pour notre réfugié donc, le Conseil d'Etat annule ainsi la décision de la CNDA ayant rejeté la demande du requérant. Tout n'est pas encore bien qui finit bien car la CNDA doit à nouveau examiner sa demande, mais l'espoir est sûrement permis.

Camille KUREK
Doctorante
Chargée d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3

7 - Institutions juridictionnelles

Accès à la profession d'avocat

Rapport déposé par Me Kami Haeri pour le Barreau de Paris

Note – Selon un rapport déposé par Me Kami Haeri pour le Barreau de Paris, 80% des étudiants en droit se destinent à la profession d'avocat. Le Bâtonnier de Paris (qui est une bâtonnière) lance un cri d'alerte considérant qu'il y a trop d'avocats à Paris. Cette conception est largement partagée par l'ensemble des avocats et il n'y a guère que la Commission européenne qui considère que l'on manque d'avocats en France (voir C. Nourissat, Accès aux professions réglementées dans l'Union européenne : objectif 2015, Libres propos, JCP G 2013, 1193).

Cette constatation fait resurgir l'épouvantail du numerus clausus, bien que le Bâtonnier s'en défende (voir sur l'ensemble de la question le numéro de la Gazette du Palais daté des 22 et 23 novembre 2013).

Il faut rappeler, quoi qu'en pensent de manière fautive les étudiants, que l'examen d'accès à la profession d'avocat n'est pas un concours, à la différence du concours d'accès à l'école nationale de la magistrature. Il n'y a pas un certain nombre de postes à pourvoir et tous les étudiants qui obtiennent la moyenne peuvent entrer au Centre Régional de Formation Professionnelle des Avocats (qui s'appelle à Lyon Ecole des Avocats Rhône-Alpes et, à Paris, Ecole de Formation du Barreau). La formation dispensée au CRFPA, qui occupe pratiquement deux ans, se termine par le Certificat d'Accès à la Profession d'Avocat qui est encore un examen.

Il est vrai que cet examen d'accès (appelé parfois "pré-CAPA") se révèle en fait assez sélectif, au moins à certains endroits. Ainsi à Lyon le taux de réussite est-il généralement compris entre 20 et 30%, ce qui fait pratiquement une centaine d'élèves-avocats par an.

Il y a de fortes disparités entre les centres d'examen que l'on confond souvent avec les Instituts d'Etudes Judiciaires, ce qui est administrativement erroné. C'est une des raisons qui poussent à préconiser un examen national dont l'organisation ne serait pas facile, mais qui serait certainement plus juste. Mais il reste encore à déterminer si cet examen sera organisé par l'Université, comme c'est le cas actuellement, ou pris en charge par la profession d'avocat, comme c'est le cas pour les autres examens d'accès aux professions juridiques (huissiers de justice et notaires en particulier).

Les étudiants actuellement en Licence risquent donc d'affronter une réforme de l'examen d'accès à la profession d'avocat. Il faut cependant signaler que ce n'est pas le premier projet en ce sens et que les discussions restent nombreuses entre universitaires et avocats (voir : Accès à la profession d'avocat : 3 questions à Jean-Baptiste Thierry, directeur de l'IEJ de Nancy, JCP G 2013, 1258) et même entre les avocats eux-mêmes. Il n'est pas exclu qu'une fois de plus la réforme attendue finisse en désert des Tartares.

Hervé CROZE
Professeur agrégé, Université Jean Moulin Lyon 3
Avocat