

# BMA Bulletin Mensuel d'Actualités du CRISP

N°11 – Novembre 2014

## Sommaire

L'édito	p. 3
L'article du mois	p. 4
L'actualité	p.13

# 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

**Enlevez ce voile que l'on ne saurait voir...**

Le 19 octobre 2014, une femme étrangère voilée intégralement assistant à la représentation de la Traviata à l'Opéra Bastille de Paris a été priée par un agent de l'établissement culturel de quitter les lieux ou d'enlever son voile intégral. La Direction de l'Opéra a ensuite expliqué qu'il y avait une "interdiction de cette nature en France" qui justifiait le comportement adopté avec la femme voilée. Avant d'hurler avec les loups à la violation du principe de laïcité par le port du voile intégral dans l'espace public, il convient de s'interroger sur la nature de cette prétendue interdiction et de remonter aux débats et aux principes fondamentaux qui avaient entouré l'élaboration de la loi du 11 octobre 2010 sur la dissimulation du visage dans l'espace public. Si la République avait décidé de combattre le rejet et l'exclusion par l'élaboration de cette loi, l'allégation de cette dernière par l'Opéra Bastille de Paris a démontré la difficulté de sa mise en œuvre au regard du principe de non discrimination.



**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 877L'ISP est ouvert du lundi au vendredi  
de 9 h 30 à 18 h 30 et le samedi de 10  
h à 13 hMétro 12 : Rue du Bac ou Sèvres  
BabyloneMétro 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, du notariat, ou passer les grands concours de la fonction publique, l'ISP propose, depuis près de 30 ans, des formations dédiées et éprouvées.

**RETROUVEZ LES FORMATIONS DE L'INSTITUT  
SUPERIEUR DE PREPARATION SUR :**  
<http://www.prepa-isp.fr> ou au 01.42.22.30.60

**Proposez-nous vos articles**

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

## L'édito

**« Il vaut mieux débattre d'une question sans la régler que la régler sans en avoir débattu »  
Joseph Joubert**

Dans le cadre d'un entretien accordé au journal La Croix, le 3 octobre dernier, Manuel Valls, déclarait que « *la GPA est et sera interdite France* ». Cette position de principe s'inscrit dans le sillage des déclarations du président de la République. Déjà, lors des débats relatifs au mariage pour les couples de même sexe, le président de la République s'était engagé par écrit contre la gestation pour autrui auprès de l'UMP. Propos réaffirmés lors d'un discours du 27 juin 2013, lorsque le Chef de l'État précisait qu'« *il ne sera [it] jamais question de la légalisation de la gestation pour autrui tant qu'[il serait] président de la République* ». Face à une telle fermeté de l'exécutif, l'on peut s'interroger, au regard des évolutions juridiques intervenues ces derniers mois, de cette exclusion du débat politique et social. En effet, comment faire « *la politique de l'autruche* » alors que des personnes ont recours à l'étranger à ces pratiques et que les tribunaux sont amenés à trouver des palliatifs alors même que l'article 16-7 du Code civil condamne cette pratique. Autrement dit, en l'état du droit positif, cette pratique demeure interdite, mais ses effets sont partiellement et indirectement reconnus !!!

Le 26 juin 2014, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France pour avoir refusé de transcrire un acte de naissance d'un enfant issu d'une GPA (BMA, 2014, n° 7-8, p. 12). Le délai de trois mois pour renvoyer l'affaire devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme ayant expiré le 26 septembre 2014, le droit positif français doit tenir compte de la jurisprudence

de la Cour européenne des droits de l'homme. La voie d'une

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

modification législative semblant condamnée, reste la voie prétorienne. Une première évolution, remarquée, est venue d'un avis de la Cour de cassation. En effet, la Cour de cassation a ouvert une nouvelle voie, non pas en matière de GPA, en considérant que le recours à l'assistance médicale à la procréation à l'étranger, par insémination artificielle, ne fait pas obstacle à ce que l'épouse de la mère puisse adopter l'enfant ainsi conçu (BMA de ce mois).

Pour autant doit-on s'affranchir d'un débat devant le Parlement au sujet de cette question ? Les questions sont nombreuses, difficiles et techniques. Elles le sont d'autant plus, lorsque l'on constate les dérives qui ont lieu à l'étranger. L'on se souvient de ce Japonais, âgé de 24 ans, qui avait affirmé vouloir enfanter 10 à 15 bébés par an... pour avoir au total entre 100 et 1.000 enfants par le recours à des mères porteuses. En Australie, un couple avait fait la une des médias à la suite de l'abandon d'un enfant trisomique né d'une mère porteuse thaïlandaise. Depuis, les parents ont démenti devant la presse vouloir abandonner l'enfant. Plus récemment, un couple britannique a actuellement recours à trois mères porteuses différentes pour donner naissance à trois enfants.

Au final, que l'on soit pour ou contre la gestation pour autrui, la question mérite d'être débattue, sous un angle juridique...

## L'article du mois

### Enlevez ce voile que l'on ne saurait voir...

« Folies !... Folies !... ce n'est qu'un vain délire !...

*Pauvre femme, solitaire,*

*Abandonnée au milieu*

*De ce désert peuplé*

*Qu'on appelle Paris,*

*Que puis-je donc espérer ?... Que*

*faire ?... Jouir !*

*Dans les tourbillons de la volupté, périr de volupté ».*

Ainsi Verdi faisait s'exprimer Violetta Valery, héroïne de son Opéra en trois actes, La Traviata. Critique de la société bourgeoise et moralisatrice du 19<sup>e</sup> siècle, l'œuvre de Verdi évoque le destin brisé d'une femme dévoyée, perdue (traduction littéraire de l'italien « traviata ») frappée d'anathème par une partie de la population qui ne peut la concevoir que si elle reste cantonnée au rôle de courtisane qui lui était prédestiné.

Cet opéra est définitivement une histoire moderne, celle de la vision étriquée d'une frange de la population, qui oblige certains de ses contemporains à vivre seuls, reclus de la société, faute pour elle de ne pouvoir les accepter.

C'est lors d'une représentation de cette œuvre incontournable de Verdi, mise en scène par Benoît Jacquot à l'Opéra Bastille de Paris au début du mois d'octobre dernier, qu'une femme étrangère portant un voile intégral a été priée de quitter la salle pendant la suspension du spectacle.

Alertée par des choristes qui avaient refusé de se produire devant cette femme voilée, la direction de l'Opéra Bastille demanda alors à un agent de sécurité de l'établissement d'intervenir auprès de celle-ci afin de lui demander, soit de retirer son voile, soit de quitter les lieux. **La loi n°2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la**

**dissimulation du visage dans l'espace public a été invoquée au soutien de cette demande.**

Justine MESNARD

Juriste

À la suite de cet incident, un grand nombre d'articles de presse ont argué l'application de la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public pour expliquer que l'Opéra Bastille était dans son bon droit en demandant à cette femme voilée de quitter les lieux.

**Si nul n'est censé ignorer la loi, comme nous dit l'adage, aucune autre maxime ne vient malheureusement nous éclairer sur la genèse et l'application d'une loi.**

Or, il serait pourtant judicieux avant de se revendiquer des valeurs de notre pacte social que sont la liberté, l'égalité et la fraternité et d'invoquer une loi de la République française, de réfléchir à la notion de « vivre ensemble » et à sa portée en toutes circonstances. Cela afin de comprendre comment cette notion a pu être utilisée dans l'élaboration de cette loi du 11 octobre 2010.

D'un point de vue philosophique, le vivre ensemble s'entend du besoin de vivre avec l'Autre pour construire une société meilleure. D'un point de vue sociétal, le vivre ensemble recouvre plusieurs notions qui permettent de vivre en groupe et de bâtir un monde plus harmonieux.

La prévention des conflits, le respect des cultures, le respect des religions, la promotion de la solidarité, la formation des citoyens sont autant de valeurs qui fondent le principe du vivre ensemble.

**C'est d'ailleurs sur le fondement « de la préservation du vivre ensemble » que la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg a validé dans un arrêt SAS contre France du 1<sup>er</sup> juillet 2014, la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.**

Prendre connaissance de cette loi et de sa circulaire d'application du 2 mars 2011 permet de se demander si l'Opéra de Bastille de Paris avait qualité pour répondre aux demandes des choristes qui exigeaient le départ de cette femme voilée. Cela revient à nous demander comment une loi qui a été érigée pour réaffirmer solennellement les valeurs fondamentales de la République et le principe du vivre ensemble a-t-elle pu être utilisée à tort en faisant acte de discrimination ?

Si les valeurs de la République garantissent la cohésion nationale et le principe du vivre ensemble, elles ne sauraient en aucun cas être invoquées pour **justifier une quelconque stigmatisation d'une partie de la population** ni pour refuser l'accès à un service culturel à une personne en fonction de sa religion, ce qui constituerait, non pas une contravention de la deuxième classe, mais un délit passible de cinq ans d'emprisonnement.

### I/ Le vivre ensemble, au cœur de la genèse de la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public

À la suite d'une décision du Conseil d'État du 27 juin 2008 et de la recrudescence de femmes portant un voile intégral en France depuis le début des années 2000, plusieurs institutions républicaines ont été missionnées pour rendre des avis ou des rapports sur les solutions juridiques permettant de trouver une réponse au port du voile intégral. Si tous les avis ont exprimé leur crainte de ne pas voir se concilier cette pratique avec nos valeurs républicaines, aucun n'a fait de l'interdiction générale du voile un principe juridique fiable et incontestable.

En 2008, le Conseil d'État avait été saisi en réponse à la prise d'un décret qui refusait l'acquisition de la nationalité française à une femme étrangère portant le voile intégral pour

défaut d'assimilation. La Haute Institution rejeta la requête de la demanderesse au motif « qu'il ressort des pièces du dossier que, si Mme A possède une bonne maîtrise de la langue française, **elle a cependant adopté une pratique radicale de sa religion, incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française, et notamment avec le principe d'égalité des sexes** » (Conseil d'État, 2<sup>e</sup> et 7<sup>e</sup> sous-sections réunies, 27/06/2008, 286798). C'est donc **le principe d'égalité des sexes** qui avait été relevé par les juges administratifs pour expliquer l'incompatibilité du port du voile intégral avec la notion du vivre ensemble républicain.

Principe central, valeur rappelée dans notre devise nationale, l'égalité constitue en effet un principe général du droit. Aussi bien le préambule de la Constitution de 1946 qui proclame que « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme », que l'alinéa 2 de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution de 1958 dans sa rédaction révisée par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 qui prévoit que « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales » **consacrent l'égalité entre les sexes comme valeur fondamentale de la Nation.**

La décision du Conseil d'État du 27 juin 2008 fut le point de départ d'un débat national sur le voile intégral.

Alors que le ministre de l'Immigration et de l'identité nationale de l'époque, Éric Besson avait rappelé que « chacun est libre dans la rue » et que selon lui « toucher à cet équilibre lui paraît risqué », le président de la République Nicolas Sarkozy, devant le Parlement réuni en Congrès à Versailles le 22 juin 2009 donnait le ton en déclarant devant les deux Chambres que « **la burqa ne sera pas la bienvenue sur le territoire de la République** », assurant que le voile intégral était un « **problème de liberté et de dignité de la femme** ».

**La dignité, « essence de l'humanité » selon Bernard Edelman, faisait alors son entrée en tant que valeur républicaine** prétendument inconciliable avec la pratique du port du voile intégral. Aux côtés de l'égalité entre les sexes, la

dignité, principe à valeur constitutionnelle (Conseil Constitutionnel décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994 relative aux lois sur la bioéthique) faisant référence à une qualité intrinsèque de l'être humain, devenait également **une composante du principe de la cohésion nationale.**

Lorsque l'on sait que c'est sur cette phrase du préambule de la Constitution de la 4<sup>e</sup> République « au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont **tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine** » que le Conseil Constitutionnel a déduit le principe de la sauvegarde de la dignité humaine comme principe à valeur constitutionnel, il semble admis que le port du voile intégral puisse constituer un asservissement et une dégradation de la personne humaine. Cependant, dès ce stade on peut s'interroger **sur l'invocation de la dignité humaine comme argument politique ayant pour seul dessein d'éviter de se concentrer sur l'un des attributs de la dignité, à savoir l'autonomie personnelle, revendiquée par de nombreuses femmes portant le voile intégral.** Notre système démocratique étant bien construit, il n'allait pas revenir au seul président de la République de réfléchir au subtil dosage entre l'invocation de la dignité humaine et d'autres libertés fondamentales...

Fort heureusement, **une mission d'information parlementaire sur le voile intégral** était lancée au mois de juillet 2009 dans le but de dresser un état des lieux du port du voile intégral en France. Il ressortait du rapport de la mission d'information que près de 1900 femmes, soit 0,003% de la population française, portaient le voile intégral.

#### - **Le rapport de la mission d'information parlementaire sur le voile intégral**

Le rapport enregistré à l'Assemblée nationale le 26 janvier 2010 dénonçait une « pratique aux antipodes des valeurs de la République ».

**Les deux principes d'égalité entre les sexes et de dignité étaient aussi mis en exergue par la mission pour retenir que le voile intégral**

#### **bafouait notre conception républicaine du principe du vivre ensemble.**

Il ressortait du rapport que « Le principe d'égalité entre les femmes est ici clairement mis en cause par le port du voile intégral. Mais au-delà, c'est le principe de l'égalité de dignité entre les femmes et les hommes et plus largement entre les êtres humains que traduit cette pratique ». Aussi, au-delà des principes juridiques cités, la mission précisait que « **c'est tout le lien social qui est menacé par ce phénomène,** car le voile intégral remet en cause le sentiment de fraternité et de solidarité entre les citoyens ».

Dans son audition du 9 septembre 2009, Élisabeth BADINTER mettait la fraternité au cœur de son propos sur la pratique du port du voile intégral : « Le port du voile intégral est contraire au principe de fraternité ... et, au-delà, au principe de civilité, du rapport à l'autre. Porter le voile intégral, c'est refuser absolument d'entrer en contact avec autrui ou, plus exactement, refuser la réciprocité : la femme ainsi vêtue s'arroge le droit de me voir, mais me refuse le droit de la voir. Outre la violence symbolique de cette non-réciprocité, je ne peux m'empêcher d'y voir l'expression d'une contradiction pathologique : d'une part, on refuse de montrer son visage au prétexte que l'on ne veut pas être l'objet de regards impurs – incidemment, c'est avoir une singulière vision des hommes que de penser que tout homme regardant une femme ne pense qu'à la violer –, d'autre part, on se livre à une véritable exhibition de soi, tout le monde fixant cet objet non identifié. En suscitant ainsi la curiosité, on attire des regards que l'on n'attirait peut-être pas quand on allait à visage découvert – bref, on devient un objet de fantasme ».

De ces auditions, et en conclusion de son rapport, **la mission parlementaire arguait que l'on ne pouvait fonder une société sur une telle vision des relations humaines,** qui n'iaient notre cohésion nationale fondée sur le principe du vivre ensemble.

Elle présentait alors plusieurs propositions, dont la principale était l'adoption **d'une résolution condamnant le port du voile intégral comme contraire aux valeurs de la République** et la

diffusion de cette résolution par voie de circulaire afin de la porter à la connaissance des agents publics.

**Ainsi, elle ne retenait pas une loi d'interdiction générale, à l'instar de l'avis de la Commission nationale consultative des Droits de l'Homme**

**- L'avis de la Commission nationale consultative des Droits de l'Homme (CNCDH) « sur le port du voile intégral »**

Le rôle de la CNCDH étant de veiller aux respects des droits de l'homme et des libertés, il était logique qu'elle émette un avis sur une éventuelle intervention législative qui allait mettre en jeu les principes de liberté de pensée, de conscience, de religion, de vie privée et de liberté d'aller et venir.

Pour rendre son avis du 21 janvier 2010, la Commission allait à l'aune du principe de nécessité, préciser les principes du vivre ensemble concilié au port du voile intégral « Tout projet ou proposition de loi doit veiller à ce que les effets pervers ne soient pas supérieurs aux effets souhaités, et que les atteintes portées à la liberté de pensée, de conscience et de religion, au droit au respect de la vie privée, et à la liberté d'aller et venir soient strictement nécessaires, et proportionnés au regard du but qui les fonde ».

Sur la question **du trouble à l'ordre public**, la Commission estimait qu'« Une prohibition du port du voile intégral dans tous les espaces publics sur le fondement de l'ordre public ne saurait, sauf à étendre abusivement cette notion, **être justifiée ni être considérée comme nécessaire dans une société démocratique, eu égard notamment à la gravité des atteintes aux droits de l'homme qu'elle occasionnerait** ».

S'agissant du port du voile intégral et de la dignité, la Commission soulignait que **seulement lorsqu'il était imposé**, le voile intégral constituait une atteinte à la dignité humaine. Aussi, selon elle, la prohibition du port du voile intégral « pour des personnes revendiquant pleinement cette pratique pourrait aussi être regardée comme portant une atteinte à leur liberté de conscience. Par ailleurs, les femmes subissant le voile intégral se verraient

doublément punies, dans la mesure où une loi risquerait de porter atteinte à leur liberté de circulation ».

Puis, la question de la stigmatisation des personnes musulmanes était mise en lumière par la CNCDH pour rendre son avis sur la pratique du port du voile intégral. Ayant déjà dénoncé la stigmatisation d'une partie de la population musulmane dans une étude sur « L'intolérance et violences à l'égard de l'Islam dans la société française » parue le 31 octobre 2003, la Commission s'inquiétait à nouveau d'un débat qui risquerait « d'assimiler l'ensemble des musulmans à une minorité radicale ».

Elle estimait « qu'une loi prohibant le port du voile intégral, très probablement perçue et vécue comme anti-musulmane, risquerait de renforcer l'audience et l'influence de ces mouvements radicaux qu'il convient de condamner.

Ainsi, sur ces différents fondements, la CNCDH formulait la recommandation suivante le 21 janvier 2010 : « **LA CNCDH n'est pas favorable à une loi prohibant de manière générale et absolue le port du voile intégral** ».

**- L'étude du Conseil d'État « relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral »**

À l'instar de la mission parlementaire et de la CNCDH, le Conseil d'État procédait à l'examen des différentes valeurs de notre République, qui seraient susceptibles de se concilier ou d'interdire la pratique du port du voile intégral.

La Haute Juridiction administrative a tout d'abord écarté le principe de laïcité comme fondement d'une éventuelle interdiction. Pour le Conseil d'État, la laïcité doit s'imposer aux relations entre l'État et les personnes, mais ne peut s'immiscer directement dans la vie des individus. Puis, il a estimé que « **le principe de dignité de la personne humaine et celui de l'égalité entre les femmes et les hommes, même s'ils trouvent tous les deux des fondements constitutionnels solides et des applications jurisprudentielles très fortes,**

**pourraient difficilement s'appliquer en l'espèce ».**

En effet, s'agissant de la sauvegarde de la dignité humaine, le Conseil a distingué les deux conceptions de ce principe fondamental. En reprenant sa décision du 27 octobre 1995 « Commune de Morsang-sur-Orge » qui a consacré la sauvegarde de dignité humaine aux dépens du libre arbitre de la personne, et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a, au contraire, consacré la protection du libre arbitre comme élément consubstantiel de la personne humaine, le Conseil d'État a estimé que cette dernière conception de la dignité humaine devait être rapprochée « du fait qu'une majorité de femmes concernées, selon le ministère de l'Intérieur, le feraient volontairement ».

Quant au principe d'égalité entre les femmes et les hommes, le Conseil d'État a estimé qu'« en dépit là encore d'une forte consécration, il serait difficile d'en faire application en l'espèce. Opposable à autrui, il n'a pas, en revanche, vocation à être opposé à la personne elle-même, c'est-à-dire à l'exercice de sa liberté personnelle, laquelle peut la conduire à adopter volontairement un comportement contraire à ce principe ».

En conclusion, en dépit de leur forte assise juridique, selon le Conseil d'État, « ces fondements n'apparaissent pas juridiquement permettre l'interdiction du port du voile intégral, faute de pouvoir s'appliquer à des personnes qui ont choisi délibérément le port du voile intégral ».

Enfin, **le principe de non-discrimination** a également été soulevé par la Haute Juridiction administrative au sein de son rapport en date du 25 mars 2010, qui a considéré qu'une « interdiction limitée au voile intégral serait fragile au regard du principe de non-discrimination, et vraisemblablement délicate à mettre en œuvre ».

**Malgré tous les avis concordants sur les risques sérieux d'une loi d'interdiction générale du port du voile, le projet de loi interdisant la**

**dissimulation du visage dans l'espace public a été déposé en mai 2010.**

Son exposé des motifs est centré sur les exigences fondamentales du vivre ensemble, qui serait mis à mal par la dissimulation volontaire du visage par une partie de notre population.

La première phrase de cet exposé est particulièrement parlante « **La France n'est jamais autant elle-même, fidèle à son histoire, à sa destinée, à son image, que lorsqu'elle est unie autour des valeurs de la République : la liberté, l'égalité, la fraternité. Ces valeurs sont le socle de notre pacte social ; elles garantissent la cohésion de la Nation ; elles fondent le respect de la dignité des personnes et de l'égalité entre les hommes et les femmes** ».

C'est donc en se basant sur des principes juridiques dont plusieurs avis recommandaient de ne pas les prendre en compte, que la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public a été adoptée par le Parlement français, et ce, sans évoquer le principe de non-discrimination qui rendait pourtant, selon le Conseil d'État, l'application de la loi délicate à mettre en œuvre.

L'épisode de la femme voilée de l'Opéra de Paris est une manifestation des erreurs d'application d'une loi qui pose un principe d'interdiction générale et absolue.

**II/ Quand l'application de la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public tend à porter atteinte aux principes fondamentaux qui l'ont construite**

Si lors du débat sociétal et du débat parlementaire, **le principe de dignité de la femme** portant le voile intégral avait été invoqué en soutien à une interdiction générale de dissimuler son visage sous un voile intégral, le Conseil Constitutionnel lors du contrôle de proportionnalité opéré dans sa décision n°2010-613 DC du 7 octobre 2010, ne s'est pas référé à la sauvegarde de la dignité de la personne humaine résultant du 1<sup>er</sup> alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 pour valider la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

**L'étude du Conseil d'État « relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral » et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'autonomie personnelle de l'individu dans la prise en compte de la valeur de la dignité humaine (CEDH arrêt KA et AD c/ Belgique du 17 février 2005, Requête n°43835/11) ont certainement eu un impact sur la décision des juges constitutionnels.** Sans avoir utilisé une seule fois la référence à la notion de dignité humaine dans leur décision, les Sages ont probablement voulu de la sorte harmoniser leur jurisprudence avec celle de la Haute juridiction administrative et de la Cour de Strasbourg.

Certains y ont ainsi vu des similitudes avec le fameux arrêt du Conseil d'État de Morsang-sur-Orge, n'hésitant à admettre que « Cette décision du Conseil constitutionnel n'est ainsi rien d'autre que le Morsang-sur-Orge de la jurisprudence constitutionnelle » (Débat autour de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 Dalloz 2011. 1166).

Aussi, c'est au regard des principes de **conciliation des libertés**, prévus par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, **de légalité des délits et des peines**, prévue à l'article 5 de la Déclaration de 1789, **de la liberté d'opinion et de religion**, prévues à l'article 10 de la Déclaration de 1789 et **d'égalité entre les femmes et les hommes**, prévue par le 3<sup>e</sup> alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 que le Conseil Constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution la loi déferée, sous réserve de ne pas restreindre l'exercice de la liberté religieuse dans les lieux de culte ouverts au public.

Le Conseil Constitutionnel a ainsi considéré « qu'eu égard aux objectifs qu'il s'est assignés et compte tenu de la nature de la peine instituée en cas de méconnaissance de la règle fixée par lui, le législateur a adopté des dispositions qui assurent, entre la sauvegarde de l'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés, une conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée ».

La Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public était alors promulguée par le président de la République.

**- La loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public**

Au nom des principes qui fondent notre pacte républicain, l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 11 octobre 2010 est venu inscrire dans notre droit, « cette règle essentielle de la vie en société » selon laquelle « Nul ne peut dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage ».

Eu égard au « danger » que le voile intégral pouvait faire peser au principe du vivre ensemble de notre société fraternelle, les parlementaires n'ont pas suivi les avis de la CNCDH et du Conseil d'État : qu'elle soit imposée ou volontaire, **aucune femme ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage.** Si d'apparence, cette loi peut sembler neutre, il est évident au regard de sa genèse, qu'elle n'a été pensée que dans le but de lutter contre le port du voile intégral. C'est d'ailleurs exactement ce qu'est venu reconnaître le Conseil Constitutionnel en se référant dans sa décision au principe d'égalité entre les sexes prévu par l'article 1<sup>er</sup> du Préambule de la Constitution de 1946...

Cette loi est d'application générale et vise l'ensemble de l'espace public. L'article 2 de la loi vient tout de même apporter des exceptions à ce principe « l'interdiction prévue à l'article 1<sup>er</sup> ne s'applique pas si la tenue est prescrite ou autorisée par des dispositions législatives ou réglementaires, si elle est justifiée par des raisons de santé ou des motifs professionnels, ou si elle s'inscrit dans le cadre de pratiques sportives, de fêtes ou de manifestations artisanales ou traditionnelles ».

La violation de l'interdiction prévue par la loi est punie de **l'amende prévue pour les contraventions de la deuxième classe** et « l'obligation d'accomplir le stage de citoyenneté mentionné au 80 de l'article 131-16 du Code pénal peut être prononcée en même temps ou à la place de la peine d'amende ».

L'article 4 de la loi a par ailleurs créé le délit de dissimulation forcée du visage. Aussi, il a inséré dans le chapitre V (Des atteintes à la dignité de la personne) du titre II du livre II du Code pénal une nouvelle section intitulée « De la dissimulation forcée du visage » et composée de l'article 225-4-10 qui dispose que « le fait pour toute personne d'imposer à une ou plusieurs autres personnes de dissimuler leur visage par

menace, violence, contrainte, abus d'autorité ou abus de pouvoir, en raison de leur sexe, est puni d'un an d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende ».

Si les parlementaires dans la loi du 11 octobre 2010 avaient réussi tant bien que mal à dissiper le risque de stigmatisation des musulmans en légiférant sous l'angle de la dissimulation du visage, la circulaire d'application du 3 décembre 2010 relative à la présentation des dispositions de droit pénal est venue rappeler, si besoin était, la volonté de l'État de créer un délit « qui vise donc à réprimer le fait de forcer une femme à dissimuler son visage, notamment par le port du voile intégral, à savoir la **burqa ou le niqab** ». (Circulaire du 3 décembre 2010 relative à la présentation des dispositions de droit pénal de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public NOR : JUSD1031049C).

De façon similaire, si les Sages dans leur décision du 7 octobre 2010 avaient réussi pour leur part, à ne pas se référer à la notion de la dignité humaine, la circulaire d'application du Premier ministre du 2 mars 2011 relative à la mise en œuvre de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public est venue les contredire, obscurcissant ainsi davantage le champ d'application de cette loi confuse.

**- La circulaire d'application du 2 mars 2011 relative à la mise en œuvre de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.**

Dès son introduction la circulaire d'application est venue rendre illisible les derniers rebondissements du processus législatif visant à lutter contre le port du voile intégral. En effet, si dans un premier temps, la circulaire rappelle « la volonté de la représentation nationale de réaffirmer solennellement les valeurs de la République et les exigences du vivre ensemble », très rapidement, elle replace le **principe de la dignité humaine** au cœur de la construction législative en affirmant que « Cela place en outre les personnes concernées dans une situation d'exclusion et d'infériorité incompatible avec les principes de **liberté, d'égalité et de dignité humaine** affirmés par la République française.

La République se vit à visage découvert. Parce qu'elle est fondée sur le rassemblement autour de valeurs communes et sur la construction d'un destin partagé, elle ne peut accepter les pratiques d'exclusion et de rejet, quels qu'en soient les prétextes ou les modalités ».

En précisant que la dissimulation du visage est incompatible avec le principe de la dignité humaine, la circulaire d'application prend à contrepied la décision du Conseil Constitutionnel qui avait soigneusement évité de se référer à ce principe, confirmant de la sorte la position des parlementaires, du Conseil d'État et de la CNCDH.

**Comment alors réussir à comprendre cette loi et ses fondements ?**

Le cheminement de cette loi a été particulièrement dense et divergent : alors que le processus législatif avait été ouvert à la suite du débat national qui avait été initié sur le voile intégral, et que les valeurs du vivre ensemble avaient été invoquées au soutien d'une loi d'interdiction, le Conseil d'État ainsi que la CNCDH avaient précisé qu'au regard des droits et libertés garantis dans notre corpus législatif, interdire le port du voile intégral sur le fondement d'une pratique incompatible avec les valeurs de la République, serait aussi faible juridiquement que dangereux socialement. Pourtant, faisant fi de ces arguments, les parlementaires ont adopté la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, en essayant de ne pas focaliser la loi sur une pratique religieuse. Cependant, le Conseil Constitutionnel s'est référé au principe d'égalité entre les sexes prévu par la Constitution de 1946 pour rendre sa décision, désavouant de la sorte les parlementaires. Il a également pris le parti de ne pas utiliser la notion de dignité humaine, pourtant omniprésente dans les débats, pour valider la loi du 11 octobre 2010. Les divergences auraient pu se clore à ce stade, mais c'était sans compter sur la circulaire d'application qui venait replacer le principe de la dignité humaine...

Voilà comment la loi du 11 octobre 2011 est devenue une loi obscure dont l'application ne pouvait être que complexe et difficile à mettre en œuvre.

**En effet, ce qui s'est passé à l'Opéra Bastille lors de la représentation de La Traviata est révélateur de toutes les contradictions et de**

**toute l'hypocrisie qui ont accompagné les débats du processus législatif.**

À trop avoir voulu placer la notion de vivre ensemble au cœur de la loi, il en a été oublié qu'il s'agissait avant tout d'une restriction d'une liberté religieuse, ce qui allait bien évidemment cristalliser l'application de la loi et lui conférer bien malheureusement, un pouvoir inhérent d'exacerber les peurs des uns envers les autres... Alors qu'en apparence la volonté du législateur était de ne pas stigmatiser une partie de la population musulmane et de réaffirmer les valeurs du vivre ensemble, l'épisode de l'Opéra Bastille vient donner à cette loi l'effet contraire escompté !

Ce qui est d'ailleurs remarquable dans l'épisode de l'Opéra Bastille, c'est de constater la volonté des citoyens, en l'espèce, des choristes, à vouloir s'accaparer une loi. Il est regrettable dans notre société de plus en plus individualiste, que chaque citoyen ne s'approprie pas de la sorte chaque loi républicaine... !

Au-delà de la notion de dignité humaine que la circulaire du 2 mars 2011 avait remise au goût du jour, cette dernière avait également explicité les conditions d'application de la loi lorsqu'une femme voilée intégralement se trouvait dans un espace public. Malheureusement, ni les choristes zélés, ni la direction de l'Opéra Bastille n'avaient pris connaissance de ce texte avant de demander à la femme voilée de quitter lieux.

Il était pourtant précisé ceci : « À compter du 11 avril 2011, les agents chargés d'un service public, qui pouvaient déjà être conduits à demander à une personne de se découvrir ponctuellement pour justifier de son identité, seront fondés à refuser l'accès au service à toute personne dont le visage est dissimulé. Dans le cas où la personne dont le visage est dissimulé serait déjà entrée dans les locaux, il est recommandé aux agents de lui rappeler la réglementation applicable et de l'inviter au respect de la loi, en se découvrant ou en quittant les lieux. La dissimulation du visage fait obstacle à la délivrance des prestations du service public. **En revanche, la loi ne confère en aucun cas à un agent le pouvoir de contraindre une personne à se découvrir ou à sortir. L'exercice d'une telle contrainte constituerait une voie de fait et exposerait son auteur à des poursuites pénales. Elle est donc absolument proscrite** ».

Aussi, en application de ce texte, l'agent de sécurité de l'Opéra Bastille n'avait pas le droit de contraindre la femme voilée à sortir ou à se découvrir. **L'exercice de cette contrainte s'apparente en effet au délit de discrimination prévu et réprimé par l'article 225-2 du Code pénal**, qui dispose :

« La discrimination définie aux articles 225-1 et 225-1-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :

**1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ; (...).**

Lorsque le refus discriminatoire prévu au 1° est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, **les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende** ».

Le fait pour l'agent de l'Opéra Bastille de demander à la femme voilée de quitter les lieux ou d'enlever son voile était bien constitutif d'une discrimination au sens de l'article 225-1 du Code pénal qui définit la discrimination en fonction des distinctions opérées entre les personnes physiques à raison de leur sexe, de leur origine, de leur apparence physique...

Comment ne pas être interpellé par cette discrimination réalisée sous couvert de l'application d'une loi prétendument adoptée pour privilégier les valeurs d'égalité et de fraternité !

**Cet épisode révèle le malaise dans l'élaboration de cette loi, qui a apporté des atteintes à plusieurs libertés fondamentales et qui était susceptible d'être l'objet de discriminations envers des femmes qui souffraient déjà d'exclusion pour la majorité d'entre elles.**

Cependant, dans un arrêt SAS contre France du 1<sup>er</sup> juillet 2014 de la Grande Chambre de la CEDH très attendu, cette dernière a validé la conventionalité de la loi du 11 octobre 2010 en soulignant que la préservation des conditions du « vivre ensemble » était un objectif légitime à la restriction des libertés fondamentales.

Pour les juges de Strasbourg, « la question de l'acceptation du port du voile intégral constitue un choix de société » dans lequel elle souhaite faire preuve de réserve dans l'exercice de son contrôle de conventionalité.

Si la France avait été condamnée par la Cour de Strasbourg, cela aurait été vu par certains comme une « défaite de la République » (expression de Brice Hortefeux alors ministre de l'Intérieur à l'époque de la publication de la loi).

Soyons rassurés, la République a gagné une bataille. Espérons juste que chaque citoyen ne perdra pas de vue les valeurs qui ont entouré la genèse de cette loi, à savoir les principes du vivre ensemble. Que cet épisode malheureux de discrimination à l'Opéra Bastille puisse nous rappeler que le vivre ensemble n'est pas une simple expression philosophique utilisée par les parlementaires, mais un comportement à adopter et à faire vivre au quotidien...

Enfin, célébrons surtout l'entrée en vigueur le 1er novembre 2014 de la **Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre les violences à l'égard des femmes et la violence domestique**, dite Convention d'Istanbul, qui érige des standards minimums en matière de prévention, de protection des victimes et de poursuite des auteurs.

Le soutien aux femmes victimes de violences doit rester une priorité de politique publique, au-delà de débats symptomatiques d'un climat délétère dans lequel une ancienne ministre ou des artistes croient pouvoir s'accaparer une loi pour mieux la détourner de sa vocation première.

## L'actualité

### Droit des obligations Jacob BERREBI Enseignant de Droit privé

#### 1/ De la nature et de l'intensité de l'obligation de sécurité de l'auto-école

**Civ. 1<sup>re</sup>, 15 octobre 2014, pourvoi n° 13-20.851**

Depuis un célèbre arrêt de 1911 (Civ. 21 novembre 1911), rendu en matière de contrat de transport de personnes, la Cour de cassation n'a cessé d'imposer une obligation de sécurité à certains professionnels. Sur le fondement de l'article 1135 du Code civil, les hauts conseillers n'hésitent pas, par ce biais, à introduire en matière contractuelle, une logique propre à la responsabilité délictuelle, celle de l'indemnisation des victimes de dommage.

Ce que certains dénoncent comme un forçage du contrat par le juge semble, en réalité, justifié sinon heureux. Si le principe demeure celui de l'autonomie de la volonté, l'article 1135 du Code civil laisse effectivement la place à la découverte d'obligations par le juge en raison de l'équité, mais aussi, et surtout, en raison de la nature et de la spécificité des contrats en cause. Qu'un professionnel soit considéré comme débiteur à l'égard de ses clients des risques liés à son activité constitue dès lors une réponse naturelle du droit de la responsabilité (ici, contractuelle) à l'émergence et à la multiplication de ces risques et des conséquences dommageables qui surviennent du fait des l'exécution de ces conventions.

Récemment, la Haute juridiction était revenue sur l'intensité de l'obligation de sécurité à la charge d'un restaurateur exploitant une aire de jeux (Civ. 1<sup>re</sup>, 28 juin 2012 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 10 juillet 2014, BMA 2014/10, p. 11). Dans la présente affaire se pose la question de la nature et de l'intensité de l'obligation d'une auto-école lorsque survient un dommage à son élève.

En l'occurrence, il s'agit indubitablement d'une activité présentant certains risques (sans ironie

aucune), en sus d'être une activité de transport/déplacement de personnes. Les faits de l'espèce étayaient cette constatation : l'élève était au début de son apprentissage ; les conditions météorologiques étaient mauvaises ; l'élève avait les doigts engourdis par le froid ; le moniteur n'avait pas mis fin malgré ces éléments à la leçon. La cour d'appel s'était appuyée sur ces éléments pour dire la responsabilité de l'auto-école. Celle-ci se pourvoit en cassation en invoquant son absence de faute dans l'organisation de la leçon, la faute de l'élève et un déni de justice des juges du fond concernant la détermination et l'évaluation du préjudice. Sur ce dernier point, la Cour de cassation lui donne raison, ce qui explique la cassation partielle sur le fondement de l'article 4 du Code civil.

Ce point dépassé, l'arrêt du 15 octobre 2014 est limpide : l'auto-école est tenue d'une obligation de sécurité à l'égard d'une élève qui a subi un dommage corporel lors d'un stage d'apprentissage de la conduite de motorcycle. La Haute juridiction poursuit en déterminant son intensité : il s'agit d'une obligation de moyens, ce qui résulte de la participation active du créancier de l'obligation de sécurité à ladite activité. Or, la Cour de cassation considère, d'une part, que les conseillers d'appel ont justement et effectivement caractérisé la faute d'imprudence de l'auto-école et, d'autre part, que l'élève n'avait commis aucune faute, dès lors que son défaut de maîtrise n'était que la conséquence de la seule faute d'imprudence commise. Autrement dit, la Cour de cassation exclut toute exonération de responsabilité, totale ou partielle.

#### 2/ Des suites de l'affaire Our Body en droit des contrats...

**Civ. 29 octobre 2014, pourvoi n° 13-19.729 :**

L'affaire « Our Body / à corps ouvert » n'en finit pas d'alimenter les prétoires. Elle débute par un débat relatif aux droits et libertés fondamentaux.

En 2009, la société Encore Events entend organiser la fameuse exposition consistant à

présenter des corps humains, précisément des cadavres, selon un procédé polymérique de sorte qu'ils apparaissent comme « des corps plastinés » aux yeux du public. Deux associations avaient saisi le juge civil afin d'interdire la tenue de l'exposition. Confirmant la position des juges du fond, la Cour de cassation avait, dans un arrêt célèbre, donné droit à ces deux associations en considérant que l'exposition de cadavres n'avait d'autres fins que commerciales et était contraire à l'ordre public. Dès lors, le juge civil pouvait l'interdire sur le fondement de l'article 16-1-1 du Code civil. L'on voyait là une des premières applications néanmoins magistrales du texte issu de la loi du 19 décembre 2008 selon lequel « *Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence* ».

La société organisatrice avait donc été contrainte d'annuler l'exposition. Pour compenser les pertes financières, elle recherche une indemnisation auprès de ses assureurs, qui refusent d'y procéder en invoquant la nullité de la police d'assurance.

L'enjeu de l'affaire « Our Body / à corps ouvert » s'est alors déplacé autour de questions propres au droit des contrats. En 2012, le tribunal de grande instance de Paris prononce la nullité absolue des contrats d'assurance pour illicéité de la cause et exclut toute responsabilité des assureurs. En 2013, la cour d'appel de Paris confirme, dans tous ses éléments, la décision rendue en première instance affirmant que « *le contrat d'assurance souscrit pour garantir la tenue de l'exposition organisée par la société Encore Events, qui était illicite dès la formation du contrat, est nul pour illicéité de sa cause en vertu de l'article 1131 du Code civil* ». Si la solution se comprend, le fondement de l'article 1131 du Code civil avait étonné, dès lors que l'illicéité de la cause est une question qui relève en général de la critique de la cause subjective prévue à l'article 1133 du même code.

La société organisatrice forme un pourvoi s'appuyant sur deux moyens.

D'une part, elle relève que le contrat d'assurance avait été souscrit le 7 novembre 2008, donc antérieurement à la loi du 19 décembre 2008 d'où est issu l'article 16-1-1 du Code civil. Elle entend ainsi obtenir l'annulation de la décision d'appel non seulement sur le

fondement de l'article 1131 du Code civil, mais aussi sur le fondement de l'article 2 du même code, que l'on sait relatif à l'application de la loi dans le temps. Mais la Haute juridiction balaye l'argumentation d'un revers de la main normatif : « *le principe d'ordre public, selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, préexistait à la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 d'où est issu l'article 16-1-1 du Code civil* ». Dès lors, la cour d'appel a pu en déduire que le contrat litigieux avait une cause illicite et, partant, qu'il était nul.

D'autre part, la société organisatrice reproche aux conseillers d'appel d'avoir repoussé leur demande tendant à dire la responsabilité des assureurs pour manquement à leur devoir de conseil quant au caractère assurable de l'exposition litigieuse. Or, sur ce point, la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel qui avait écarté une telle responsabilité dès lors que la société organisatrice est un professionnel de l'évènementiel qui ne pouvait ignorer les risques de l'exposition et qu'elle était assistée d'un conseil, en la personne de son courtier en assurances. Selon les hauts conseillers, la cour d'appel a violé l'article 1147 du Code civil, fondement de la responsabilité contractuelle, dès lors qu'il n'est pas démontré que les assureurs avaient attiré l'attention de la société organisatrice sur les risques de l'exposition litigieuse.

Et l'on voit ainsi l'affaire « Our Body » promise à la Cour d'appel de Versailles...

### **3/ L'Assemblée nationale valide à nouveau la réforme du droit des contrats par voie d'ordonnance**

Le 30 octobre 2014, l'Assemblée nationale a adopté, en nouvelle lecture, le projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (BMA 2014, n° 2, p. 3 ; BMA 2014, n° 3, p. 6 ; BMA 2014, n°6, p.5). Ce texte autorise le gouvernement à réformer, par voie d'ordonnance, le droit commun des contrats, le régime des obligations et le droit de la preuve.

## Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Enseignant de Droit privé

### 1/ Prise en compte des sentiments de l'enfant dans le cadre de la détermination de sa résidence

**Civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2014, n°13-24.945**

Dans cette espèce, la cour d'appel de Toulouse, le 2 juillet 2013, avait confirmé le maintien de la résidence des enfants en alternance au domicile de chacun des parents. Le pourvoi, formé par la mère, reprochait aux juges du fond de ne pas avoir légalement justifié leur décision en se limitant à constater le désaccord des parents sur l'interprétation des propos tenus par l'une de leur fille lors de son audition et sans préciser dans leur décision les sentiments exprimés par l'enfant. Par un arrêt de rejet, la Cour de cassation affirme que « *la cour d'appel, qui a pris en considération les sentiments exprimés par l'enfant au cours de son audition, n'était pas tenue d'en préciser la teneur* » dans le cadre de la fixation de la résidence de l'enfant.

Dans le cadre d'une procédure de divorce, la Cour de cassation a considéré qu'il n'était pas concevable que les descendants interviennent dans la vie privée de leurs parents, ce serait les placer dans une situation intenable. Ainsi, ils ne peuvent être entendus sur les griefs invoqués par les époux. Les règles posées par l'article 205 du Code de procédure civile, qui prohibe l'audition des descendants, et 259 du Code civil ont été interprétées avec la plus grande rigueur par la Cour de cassation. Elle a notamment considéré que la remise par un descendant d'une lettre d'un parent relative aux torts du divorce équivaut au témoignage prohibé par l'article 205 du Code de procédure civile (Civ. 1<sup>re</sup> 5 juillet 2001). Plus récemment, elle a considéré que la prohibition de l'audition des descendants sur les griefs invoqués par les époux à l'appui d'une demande en divorce s'applique aux déclarations recueillies en dehors de l'instance en divorce. Dès lors, c'est à bon droit qu'une cour d'appel retient que les déclarations des enfants recueillies lors d'une enquête de police

étrangère à l'instance en divorce ne peuvent être prises en considération (Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> févr. 2012, n° 10-27.460). Toutefois, en matière d'autorité parentale, le juge est encouragé par le législateur à procéder à l'audition de l'enfant de son propre chef, le cas échéant l'enfant ou toute partie à la procédure pourrait le lui demander. En effet, aux termes de l'article 373-2-11 du Code civil, le juge prend en considération lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de cette autorité des « *sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues à l'article 388-1* ». Cette disposition invite fortement le juge à décider, au besoin d'office, de l'audition de l'enfant dans ce type de procédure. Aussi, la Direction des affaires civiles et du Sceau a adopté, le 16 mars 2007, une circulaire relative à l'audition de l'enfant pour l'application du règlement Bruxelles II bis concernant les décisions sur la responsabilité parentale (BO Min. Justice, NOR : JUSC0720262C). Il est rappelé aux magistrats, en particulier, la nécessité de justifier dans les décisions relatives à l'autorité parentale des raisons pour lesquelles l'enfant n'a pas été entendu, soit qu'il ne l'ait pas voulu, soit que cela n'ait pas été souhaitable au regard de son âge et de sa capacité de compréhension. L'article 23 du règlement prévoit en effet la possibilité de refus de la décision rendue pour le cas où l'aurait été « *sans que l'enfant, en violation des règles fondamentales de l'État requis – et hors cas d'urgence –, ait eu la possibilité d'être entendu* ». Sous l'angle procédural, dans le cadre de la délégation, retrait ou déchéance de l'autorité parentale, le juge n'a pas formellement l'obligation d'entendre l'enfant. En effet, l'article 1208 du Code de procédure dispose que « *le tribunal ou le juge entend les parents, le tuteur, la personne ou le représentant du service à qui l'enfant a été confié, ainsi que toute personne dont l'audition lui paraît utile* ».

### 2/ Adoption de l'enfant né d'une AMP à l'étranger

**Avis Cour de cassation 22 septembre 2014, avis n° G1470006 et avis n° J1470007**

Dans deux avis, la Cour de cassation écarte la solution fondée sur la fraude à la loi en matière d'insémination artificielle avec donneur

anonyme pratiquée à l'étranger. Elle affirme que le recours à l'assistance médicale à la procréation à l'étranger, par insémination artificielle avec donneur anonyme, ne fait pas obstacle à ce que l'épouse de la mère puisse adopter l'enfant ainsi conçu. La Cour tire ainsi les conséquences de la loi du 17 mai 2013, qui a eu pour effet de permettre, par l'adoption, l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et deux personnes de même sexe, sans aucune restriction relative au mode de conception de cet enfant. La Cour rappelle cependant que, conformément à l'article 353 du Code civil et aux engagements internationaux de la France, l'adoption ne peut être prononcée que si les conditions légales sont remplies et si cette même adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant.

### **3/ Prise en compte de la rente d'invalidité dans la détermination de la prestation compensatoire**

**Civ. 1re, 22 octobre 2014, n° 13-24.802**

À la suite de sa décision n° 2014-398 QPC du 2 juin 2014 (BMA 2014, n°7-8, p. 13), le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution le second alinéa de l'article 272 du Code civil, avec effet à compter de la publication de la décision et application à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date. Cet article précisait que le juge ne devait pas prendre en considération, dans la détermination des besoins et ressources, les sommes versées au titre de la réparation des accidents du travail et les sommes versées au titre du droit à compensation d'un handicap. L'arrêt rapporté est le premier rendu par la Haute juridiction en suite de la décision du juge constitutionnel. En effet, la Cour de cassation affirme que la prestation compensatoire doit être fixée en prenant en considération l'ensemble des ressources. Dès lors, la rente viagère d'invalidité perçue par le débiteur participe des ressources dont il convient de tenir compte dans la détermination du montant de cette prestation.

## **Droit des affaires**

### **Jacob Berrebi**

### **Enseignant Droit privé**

#### **1/ Le maintien en possession du preneur dans les lieux à l'issue d'un bail dérogatoire ou d'un bail précaire**

**Civ. 3<sup>ème</sup>, 1<sup>er</sup> octobre 2014, pourvoi n°13-16.806 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 octobre 2014, pourvoi n°13-20.085 :**

Ces deux décisions récentes rappellent les difficultés tant pratiques que prétorienne quant à la qualification des baux dérogatoires et des baux précaires et leur potentielle requalification en bail commercial. Cette question ne cesse d'alimenter les prétoires. Déjà, elle avait été à l'origine du contentieux qui avait découlé sur l'important arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation en date du 19 janvier 2005, relatif à la clientèle des commerces intégrés et à la qualification du fonds de commerce.

Le premier arrêt en date du 1<sup>er</sup> octobre concerne un bail dérogatoire, c'est-à-dire un bail dont la durée relativement courte (ne pouvant excéder deux ans) résulte de la volonté des parties.

Rappelons que, relativement aux baux dérogatoires, l'article L. 145-5 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi Pinel du 18 juin 2014, dispose, en 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* ». Le texte nouveau ne modifie pas en substance le texte antérieur. Il se contente de poser un délai de un mois de maintien dans les

lieux du preneur pour que naisse un bail commercial.

En l'espèce, le preneur faisait valoir son droit né du texte de voir le bail dérogatoire requalifié en bail commercial. Il se voyait confronté à deux difficultés : d'une part, le risque de voir sa demande prescrite ; d'autre part, le risque de ne pas remplir les conditions relatives au local posées par l'article L. 145-1 du Code de commerce.

Ces deux difficultés sont levées au terme de l'arrêt de la Cour régulatrice. D'un côté, les hauts conseillers décident que la demande tendant à faire constater l'existence d'un bail soumis au statut né du fait du maintien en possession du preneur à l'issue d'un bail dérogatoire n'est pas soumise à la prescription biennale, commune en la matière. De l'autre, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir considéré que le statut des baux commerciaux avait vocation à s'appliquer, après avoir constaté que les baux des terrains nus sur lesquels ont été édifiées des constructions avec le consentement exprès du propriétaire étaient soumis au statut si un fonds de commerce était exploité par le locataire dans des constructions présentant des critères de solidité et de fixité. Ces deux derniers éléments, conditions implicites du statut, ont été souverainement appréciés par les conseillers d'appel qui ont, en effet, relevé le caractère de solidité des constructions, quand bien même, en l'occurrence, il s'agissait de deux containers reliés par un toit en tôle pour y exercer une activité d'atelier et de bureaux.

Le second arrêt en date du 15 octobre concernait la distinction entre un bail dérogatoire et un bail précaire, c'est-à-dire un bail dont la durée (elle aussi le plus souvent courte sans que cela soit une condition) est commandée par un motif de précarité.

Aux termes de la loi Pinel du 18 juin 2014, la convention d'occupation précaire est désormais un contrat nommé visé spécifiquement par l'article L. 145-5-1 du Code de commerce, lequel dispose « *N'est pas soumise au présent chapitre la convention d'occupation précaire qui se caractérise, quelle que soit sa durée, par le fait que l'occupation des lieux n'est autorisée qu'à raison de circonstances particulières indépendantes de la seule volonté des parties* ».

Les faits rapportés étaient ici plus complexes que dans l'espèce précédente. Au début de leur

relation, bailleur et preneur avaient conclu un bail commercial, auquel ils ont mis fin d'un commun accord avant terme. Par suite, pour la location du même local, ils avaient convenu d'un bail d'une durée de deux ans, qu'ils avaient prorogé d'une année supplémentaire. Avant le terme de cette dernière année, le preneur délivre congé alors que le bailleur argue de l'existence désormais d'un bail commercial ne pouvant être résilié sauf dans les conditions prévues par le Code de commerce (on notera qu'en pratique, le plus souvent, les rôles sont inversés – le preneur argue de l'existence d'un bail commercial et c'est le bailleur qui résiste à cette qualification –, mais cette constatation est sans incidence sur les débats).

Le preneur réfute l'argument de la requalification en bail commercial car, selon lui, les parties n'ont pas conclu un bail dérogatoire, mais une convention d'occupation précaire, motif pris de l'obligation faite de dépolluer le site en cause et de transférer l'activité dans un autre local. Or, en application de la jurisprudence et du nouveau texte, le maintien dans les lieux du preneur au terme d'une convention d'occupation précaire n'entraîne pas la naissance d'un contrat de bail commercial soumis au statut.

Si, sur ce dernier point, le preneur semble avoir raison, il n'en demeure pas moins qu'il échoue dans ses prétentions car, que cela soit pour les conseillers d'appel ou les conseillers de cassation, la convention conclue n'est pas une convention d'occupation précaire, mais bien un bail dérogatoire. Les juges rappellent ainsi que la précarité est une notion qui s'interprète au sens strict et qui est totalement détachée de la volonté des parties.

## 2/ De l'exercice du droit de repentir

**Civ. 3<sup>ème</sup>, 1<sup>er</sup> octobre 2014, pourvoi n° 13-17.114**

Lorsque le bailleur délivre valablement congé au preneur au terme du bail commercial, il est tenu de lui payer une indemnité d'éviction, en raison de la perte de clientèle que cela occasionne à ce dernier. L'évaluation de cette indemnité peut faire l'objet d'un débat judiciaire encadré par le Code de commerce, au même titre que la fixation du loyer d'un bail renouvelé.

Reste que l'article L. 145-58 du Code de commerce dispose que « *Le propriétaire peut,*

*jusqu'à l'expiration d'un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle la décision est passée en force de chose jugée, se soustraire au paiement de l'indemnité, à charge par lui de supporter les frais de l'instance et de consentir au renouvellement du bail dont les conditions, en cas de désaccord, sont fixées conformément aux dispositions réglementaires prises à cet effet. Ce droit ne peut être exercé qu'autant que le locataire est encore dans les lieux et n'a pas déjà loué ou acheté un autre immeuble destiné à sa réinstallation ».*

En l'espèce, un bailleur avait exercé son droit de repentir prévu par cette disposition, mais n'avait pas réglé les frais de l'instance en fixation de l'indemnité d'éviction. S'appuyant sur cette carence, le preneur avait agi en nullité du droit de repentir du bailleur.

Le preneur est fort logiquement débouté de sa demande tant par les juges du fond que par les juges du droit. Le paiement des frais d'instance ne constitue pas une condition du droit de repentir et le défaut de paiement ne peut entraîner la nullité de ce droit. Le paiement des frais d'instance ne constitue qu'une conséquence du droit de repentir.

### Procédure civile

**Franck TOURET**

**Enseignant de Droit privé**

#### **Astreinte et appel**

**Soc. 22 octobre 2014, n°12-19587**

Sous l'angle procédural, la Cour de cassation devait se pencher sur la question de savoir, si la demande d'astreinte ouvre la voie de l'appel, alors que la demande principale ne le permet pas ? En l'espèce, les juges étaient saisis d'une demande principale en paiement d'une somme, dont le montant était inférieur au taux du dernier ressort, assortie d'une demande d'astreinte. La Cour de cassation affirme que *« l'astreinte, mesure de contrainte destinée à vaincre la résistance opposée à l'exécution d'une injonction, en est l'accessoire ; que le jugement rendu sur une demande en paiement d'une*

*somme dont le montant est inférieur au taux du dernier ressort, n'est pas susceptible d'appel lorsque celle-ci est assortie d'une demande d'astreinte ; qu'en conséquence le pourvoi est recevable ».* Il est donc nécessaire que la demande principale permette, à elle seule, d'interjeter appel. À défaut, seul un pourvoi en cassation peut être formé.

### Droit des sûretés

**Jacob Berrebi**

**Enseignant Droit privé**

#### **Rappel du sort de la caution en cas d'absorption de la société créancière** **Com. 16 septembre 2014**

Au croisement du droit des contrats, du droit des sociétés et du droit des sûretés se situe la difficile question du cautionnement en cas de fusion-absorption de l'une des sociétés, partie liée à l'opération. Cette problématique alimente les prétoires : les solutions sont posées et régulièrement rappelées par la Haute juridiction qui prend au mot la maxime selon laquelle *« La pédagogie, c'est l'art de la répétition ».*

Rappelons que la Cour de cassation, dans un arrêt remarqué rendu par sa formation commerciale le 7 janvier 2014 (BMA 2014/2, p. 24), avait affirmé qu'en cas d'absorption d'une société ayant souscrit un engagement de sous-caution, la société absorbante est tenue d'exécuter cet engagement dans les termes de celui-ci.

Dans la présente affaire, les faits étaient différents puisque c'était la société-créancière de l'engagement de caution qui fait l'objet d'une absorption au sens des articles L. 236-1 et suivants du Code de commerce. Autrement dit, la question était de savoir si la caution reste tenue malgré l'absorption de la société-créancière. Sans surprise, la Cour régulatrice considère que la fusion-absorption de la société créancière a pour conséquence de limiter l'engagement de la caution (en l'espèce, une banque) aux sommes dues par la société débitrice à la date de l'opération.

La solution n'est pas nouvelle (Com. 30 juin 2009 ; Com. 13 septembre 2011) et trouve à se justifier naturellement par la disparition de la société créancière par le jeu de l'absorption (V. cependant la solution contraire dans le cas particulier du bail et cautionnement des loyers afférents, Com. 8 novembre 2005). La solution portée par l'arrêt de 2014 est donc une répétition de ce qui semble désormais un principe : si la caution demeure tenue de l'obligation de règlement, la fusion de la société créancière met fin à l'obligation de couverture de la caution.

À noter pour compléter l'analyse de cette décision que les juges ont pris le soin d'ajouter que c'est, sauf accord du débiteur, que la garantie dont était assorti le cautionnement accordé à la société absorbée n'est pas transmise à la société absorbante au titre d'un nouvel engagement pris à son profit par la caution.

---

# CRISP

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation

---