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

N° 44 – 2019

Sommaire

L'édito	p. 3
L'article du mois	p. 5
L'actualité	p. 13
Les vidéos et les podcasts	p. 33



CRISP

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation



GROUPE ISP

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

La coopération judiciaire en matière matrimoniale et de responsabilité parentale s'affine avec l'adoption du règlement n°2019/1111 dit « Bruxelles II ter »

Par Mathieu Violette



CRISPcrisp@prepa-isp.fr**Président du CRISP**

Philippe MAZET

philippe.mazet@prepa-isp.fr**Rédacteur en chef**

Franck TOURET

franck.touret@prepa-isp.fr**Comité scientifique**

Jacob BERREBI

jacob.berrebi@prepa-isp.fr

Matthieu THAURY

matthieu.thaury@prepa-isp.fr**Directrice Générale ISP**

Julie HABERMAN

julie.haberman@prepa-isp.fr**Groupe ISP****Institut Supérieur de Préparation**

18 rue de Varenne

75007 PARIS

01.42.22.30.60

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

RCS Paris 331 302 877



L'ISP est ouvert du lundi au vendredi de 9h30 à 18h30 et le samedi de 10h à 13h

Métro 12 : Rue du Bac ou Sèvres Babylone

Métro 10 : Sèvres Babylone

— ou —

Bus : 68, 69, 83, 84, 94

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

LES FORMATIONS DE L'INSTITUT SUPERIEUR DE PREPARATION SUR :<http://www.prepa-isp.fr>**Proposez-nous vos articles**

Le bulletin du CRISP est susceptible de publier vos articles de fond ou commentaires. Toute personne intéressée doit contacter le rédacteur en chef Franck TOURET (crisp@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

« Ma devise, c'est d'abord de se faire plaisir dans tout ce qu'on fait, d'être sincère et déterminé, et d'avoir l'amour du travail bien fait ». Philippe Etchebest (MOF, célèbre cuisinier et restaurateur, animateur d'émission télé... que presque tout le monde regarde sans toujours l'avouer...)

Le droit à la déconnexion à l'ISP ? Non merci

Nous n'avons pas l'habitude de prendre des vacances à l'ISP. Bien qu'elle voyage régulièrement, bien qu'elle ait une jolie petite maison de campagne, Julie Haberman n'a jamais eu l'habitude de se reposer et ce, depuis 35 ans. Certains pourraient dire : « Ok mais c'est normal, c'est la patronne ! ». Mais l'argument ne tient pas – croyez-en votre serviteur, qui a rencontré dans sa vie professionnelle plus de « grands patrons » profitant enfin de leur accession au firmament pour se reposer sur les autres et rallonger leurs vacances, que le contraire. Ce n'est pas le cas de Julie Haberman, ni du reste de l'équipe de l'ISP dans son ensemble.

Pourquoi ? la question mérite d'être posée, ne serait-ce que parce que ce n'est pas commun pour une entreprise, encore moins dans le secteur de la formation. Pourquoi est-ce qu'à l'ISP, l'on est ouvert quasiment toute l'année 7j/7 ? Pourquoi est-ce que Julie Haberman peut être contactée sur son numéro de téléphone personnel 7j/7, 24h sur 24h (si si, essayez : 06.88.24.18.39) ? Pourquoi est-ce qu'on l'on peut contacter les professeurs en permanence par mails ? Pourquoi répondent-ils justement alors qu'ils sont en congés ? Et encore, c'est sans compter les multiples communications entre Julie et les professeurs, les professeurs entre eux, etc.

La réponse pourrait être : la directrice de l'ISP est une acharnée du travail et une esclavagiste. La première assertion n'est pas fausse, avouons-le ! Mais la seconde est erronée ! Rassurons immédiatement nos amis travaillistes (et l'inspection du travail au passage) : oui, le droit du travail est respecté au sein de l'ISP. La maxime « *les cordonniers sont toujours les plus mal chaussés* » ne s'applique pas à nous. C'est donc librement et consciemment que l'on renonce à exercer notre droit à la déconnexion !!!

Alors pourquoi ? Pourquoi ce n'est pas comme cela ailleurs ? Pourquoi « *l'ISP ne ferme jamais* » pour reprendre une phrase que l'on entend dans votre bouche comme dans la nôtre ? Après réflexions, il y a deux raisons principales qui se dégagent (même si en y réfléchissant sérieusement à plusieurs, d'autres davantage mineures peuvent aussi être évoquées) :

- La première est que l'on ne peut se permettre de fermer : fermer conduirait à abandonner nos élèves, la période estivale est celle des dernières révisions pour les épreuves d'admissibilité du CRFPA, pour les épreuves d'admission ENM ; les prépa Greffiers, DSGJ, Police, DPJJ, DSP, inspecteur des finances publiques ou encore ENM de l'année suivante (je sais j'en oublie, pardonnez-moi) ont commencé, avec leur lot de questions, de copies, etc. ;
- La deuxième (je ne dirais pas « la seconde » car je vous l'ai dit, il y en a d'autres plus mineures mais tout à fait réelles) raison est tout simplement que l'on est heureux de « bosser » à l'ISP. On se sent cette envie d'être toujours présents, d'être disponibles. Cette culture d'entreprise – je n'aime pas tellement ce terme, mais il est sans doute adapté à ces propos – repose bien

évidemment sur l'idée de services ; après tout, l'ISP est un institut de formation, soit un prestataire de services. Mais, il y a plus et c'est tant notre mantra que notre fierté : l'on souhaite avoir une relation individuelle avec chacun d'entre vous, et un sentiment collectif d'une grande famille.

Ce discours, peut-être quelque peu emphatique, résolument romantique, n'est que le résultat de notre plaisir à travailler à l'ISP, à vous rencontrer, à partager nos formations et préparations, à échanger et à vous accompagner vers votre réussite.

Alors à tous ceux qui commencent leurs préparations, vous l'avez compris, n'hésitez pas à nous solliciter tout au long de votre formation. A tous ceux qui s'approchent de leurs épreuves, on est avec vous jusqu'au grand moment et même après, quand il faudra attendre les résultats... et les fêter.

Bref, la déconnexion : merci mais non merci !

Jacob BERREBI
*Professeur de droit civil à
l'ISP*

L'article du mois

La coopération judiciaire en matière matrimoniale et de responsabilité parentale s'affine avec l'adoption du règlement n°2019/1111 dit « Bruxelles II ter »

Droit international privé

Mathieu VIOLETTE

Professeur de droit international privé

Origines - Dans le cadre de l'espace européen de la justice, la coopération judiciaire en matière civile s'est d'abord orientée, on le sait, vers la matière civile et commerciale. Assez rapidement, cependant, l'Union a choisi de se doter d'instruments de droit dérivé lui permettant de distribuer la compétence entre les États membres en matière familiale, dans le but d'assurer aux citoyens un degré élevé de sécurité juridique dans leurs relations transfrontalières. C'est ainsi que l'Union se dote en 2000 d'un règlement (CE) n°1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, rendues à l'occasion d'actions matrimoniales, dit « règlement Bruxelles II ». Ce premier règlement a très vite évolué, avec l'adoption du règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, qui lie tous les États membres de l'Union à l'exception du Danemark.

Cependant, l'approche communautaire n'est pas la seule qui ait été suivie pour régler les problèmes soulevés par les relations de parentalité, qui peuvent parfois même dégénérer en enlèvements internationaux. C'est ainsi que les États membres sont également parties à des conventions internationales visant à protéger les

enfants en améliorant la coopération internationale pour certaines difficultés familiales. Ainsi, la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants a été ratifiée par tous les États membres. Le droit de la compétence de l'Union Européenne s'est donc développé dans le souci constant d'articuler intelligemment les normes européennes et les normes internationales : le règlement n°2201/2003 en porte déjà trace.

Volonté d'amélioration – C'est cet environnement complexe qui détermine l'évolution, et la postérité, du règlement n°2201/2003 dit « Bruxelles II bis ». Mis en tension entre les conventions, qui tendent plutôt à mettre en place un cadre de coopération institutionnelle entre les autorités étatiques, et le renforcement progressif du droit dérivé de l'Union relativement à la répartition de la compétence juridictionnelle, le règlement Bruxelles II bis doit être lu sous l'éclairage de cette double dynamique.

Il était sans doute nécessaire de faire évoluer le règlement n°2201/2003. Au demeurant, son considérant 29 prévoit dès l'origine que la Commission « en examine l'application en vue de proposer, le cas échéant, les modifications nécessaires ». Les nombreuses avancées faites depuis 2003 au sein de l'espace judiciaire européen – notamment la volonté de disparition graduelle de l'exequatur – rendaient déjà le texte presque obsolète. En outre, le règlement Bruxelles II bis a été confronté à un certain nombre de critiques, venant des praticiens comme de la doctrine. Outre la multiplication des fors compétents délibérément recherchée à

l'article 3 qui a pour effet d'encourager le *forum shopping*, on relève, pêle-mêle, l'inconvénient à ne pas laisser les époux opérer une élection de for, une difficulté lexicologique à cerner le sens de certains termes clés, des considérants trop peu précis pour aider l'interprétation, la difficulté d'exécuter les décisions de retour en cas d'enlèvement d'enfants, et surtout une articulation délicate avec les normes internationales en la matière.

Dès 2014, la Commission européenne lance donc le processus de refonte du texte. Elle publie ainsi le 15 avril 2014 un rapport sur l'application du règlement Bruxelles II bis (*note 1 : RAPPORT DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN, AU CONSEIL ET AU COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN sur l'application du règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 (COM/2014/0225 final)*), au sein duquel elle dresse le constat qu'un certain nombre de difficultés sont apparues qui offrent la possibilité d'améliorer le dispositif. La même année, la Commission lance un programme de recherche « Itinérances transfrontalières et affaires civiles : couple et parentalité dans l'espace judiciaire européen », qui aboutit à un rapport final le 15 décembre 2017 (*note 2 : Rapport « Etude sur l'application du règlement Bruxelles II bis », Ecole Nationale de la Magistrature, dir. scientifique Marie Lamarche*). Au-delà des problèmes structurels liés à la magistrature même ou à l'organisation des tribunaux (*note 3 : M. Lamarche et J. Sagot-Duvaurox, Points de vue des magistrats face au règlement Bruxelles II bis, Droit de la famille n° 9, Septembre 2017, étude 16*), ces travaux pointent un certain nombre de défauts du texte même du règlement n°2201/2003.

Adoption de la refonte - La Commission européenne publie donc, le 30 juin 2016, une

proposition de révision du règlement n° 2201/2003 (COM(2016)411/2). Le 18 janvier 2018, le Parlement vote le texte en première lecture et adopte un certain nombre d'amendements, qui enrichissent notamment considérablement les considérants du futur texte. La Commission soumet un texte remanié pour reconsultation en décembre 2018, qui est adopté par le Parlement le 14 mars 2019 et par le Conseil le 25 juin 2019. L'acte final du règlement (UE) n°2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants est publié au JOUE le 2 juillet 2019.

Plan – Le règlement n°2019/1111 s'illustre principalement en ce qu'il autonomise un domaine au sein du champ des questions qui étaient couvertes par le règlement n°2201/2003 : c'est cette réécriture des règles relatives à l'enlèvement international d'enfants qui est la plus spectaculaire (II). Cependant, il ne faut pas ignorer qu'un certain nombre de rectifications ont été faites dans la matière matrimoniale et surtout dans la responsabilité parentale (I). Dans l'ensemble, la refonte est donc très fortement orientée vers la question des enfants, la Commission recherchant l'efficacité des mécanismes, et le Parlement y introduisant des considérations liées aux droits fondamentaux et à la meilleure prise en compte des personnes impliquées. Reste à savoir si l'équilibre atteint est satisfaisant, ce que la pratique devra éprouver en son temps, puisque le règlement, entré en vigueur le 22 juillet 2019, ne sera applicable devant les tribunaux qu'à compter du 1^{er} août 2022.

I. Amélioration des règles tenant aux domaines traditionnellement couverts

L'objectif de la Commission, initialement, était de diagnostiquer quels points pouvaient être

améliorés dans le fonctionnement du règlement n°2201/2003, dont on sait qu'il recouvrait deux matières presque exclusivement : la matière matrimoniale (A) et la responsabilité parentale (B).

A. Toilettage à la marge des règles de compétence en matière matrimoniale

La matière matrimoniale n'a pas beaucoup retenu l'attention du législateur européen à l'occasion de cette refonte, même si une disposition nouvelle est particulièrement bienvenue.

Absence de prise en compte des critiques – Ce n'est pas que cette section du règlement était totalement exempte de critiques. Le rapport remis par la Commission en avril 2014 soulignait ainsi que la multiplicité des fors alternatifs pouvait inciter les époux à « se ruer vers le tribunal » pour que la juridiction effectivement saisie soit celle qui servirait le mieux ses intérêts. La remarque reste valable, même si l'harmonisation des règles de conflit de lois par le règlement dit « Rome III » sur la loi applicable au divorce et à la séparation a beaucoup diminué l'enjeu de cette course. Le même rapport relevait qu'il était regrettable que les règles de compétence édictées par le règlement n°2201/2003 ne permettait pas aux époux, d'un commun accord, de procéder à une élection de for, c'est-à-dire de choisir le tribunal compétent. De même, la complexité du système de compétences résiduelles, avec ses « défendeurs intégrés », était assez décriée, mais il n'a fait l'objet que d'un toilettage pour condenser deux articles anciens (art. 6 et 7 anciens) en un seul (art. 6 nouveau). Ni la Commission, ni le Conseil, ni le Parlement n'ont souhaité introduire de grands bouleversements à cet endroit. C'est peut-être regrettable (*note 4 : En ce sens : E. Gallant, Le nouveau Règlement « Bruxelles II ter », AJ Fam. 2019. 401*).

Les accords et le divorce extrajudiciaire – Le principal apport du nouveau texte est ainsi caché,

et devrait provenir d'une disposition d'apparence assez anodine. En effet, le législateur européen a probablement introduit une possibilité de permettre de faire circuler les divorces extrajudiciaires, tel le divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire introduit dans le droit français par la loi J21 (*note 5 : En ce sens : H. Péroz, Règlement (UE) 2019/1111 du conseil du 25 juin 2019 : Bruxelles II ter, publié sur bmpassocies.com*). En effet, un arrêt de la Cour de Justice rendu en 2017 (CJUE, 1re ch., 20 déc. 2017, aff. C-372/16, Sahyouni) contenait un *obiter dictum* qui rejetait le divorce extrajudiciaire hors du champ d'application du règlement Rome III, et il était tout-à-fait vraisemblable qu'il en irait de même du champ d'application matériel du règlement Bruxelles II bis. Permettant peut-être de remédier au problème, le règlement n°2019/1111 innove avec une Section 4 sur la reconnaissance et l'exécution des actes authentiques et des accords. Le considérant 5 précise bien qu'il est ici question d'accords « extrajudiciaires », tandis que l'article 64 vise les « accords qui (...) ont été enregistrés » dans « un État membre dont les juridictions sont compétentes au titre du chapitre II ». Ainsi peut-on imaginer que la convention de divorce prévue par les articles 229-1 et s. du Code civil pourrait bénéficier de ces nouvelles dispositions, ce qui permettrait d'assurer leur circulation simplifiée entre États membres... à la condition préalable que l'ordre juridictionnel français soit l'un de ceux désignés par les règles de compétence du chapitre II du règlement !

Circulation améliorée des actes authentiques et des accords – En effet, le régime prévu pour les actes authentiques ainsi que pour ces « accords » est très semblable à celui des décisions judiciaires, là où le règlement n°2201/2003 ne leur consacrait guère qu'un unique article. L'article 65 prévoit ainsi que « les actes authentiques et les accords relatifs à la séparation de corps et au divorce qui ont un effet juridique contraignant dans l'État

membre d'origine sont reconnus dans les autres États membres sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure ». Cette circulation facilitée passe par un système de certificats, prévus aux articles 66 et 67. Ils seront délivrés par une « juridiction ou [une] autorité compétente d'un État membre d'origine telle qu'elle a été notifiée à la Commission en vertu de l'article 103 ». L'article 68 ajoute à cela des motifs de non-reconnaissance : contrariété manifeste à l'ordre public international de l'État requis, inconciliabilité avec une décision, un acte ou un accord déjà présent dans l'ordre juridique de cet État. Cela ouvre donc la possibilité, sous cette forme de « l'accord », de faire circuler sans exequatur les divorces extrajudiciaires français, mais le régime nouveau s'appliquera également aux actes authentiques. Ceci étant, la doctrine relève que certains effets du divorce français par consentement mutuel ne pourront toujours pas circuler au sein de l'Union européenne : ainsi que tous les effets du divorce qui ne relèveront pas du Règlement « Bruxelles II ter », comme cela peut être le cas des obligations alimentaires entre les ex-époux (note 6 :).

B. Rationalisation des règles de compétence en matière de responsabilité parentale

La responsabilité parentale, en revanche, a fait l'objet d'une attention plus soutenue de la part du législateur de l'Union. Ont été mis en avant, dans les mesures adoptées, la nécessité de mieux protéger les droits fondamentaux et de mieux garantir l'intérêt supérieur de l'enfant, au-delà des considérations plus techniques tenant à l'efficacité des dispositions.

L'audition de l'enfant doué de discernement – L'un des points les plus retravaillés par le Parlement constitue ainsi un progrès dans la prise en compte de la parole de l'enfant. L'article 21 nouveau instaure une obligation pour les juridictions à donner à « un enfant qui est capable de discernement une possibilité réelle et effective

d'exprimer son opinion, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié » (§1). Cette obligation de permettre l'expression de l'enfant est assortie de la garantie que la juridiction « prend dûment en compte l'opinion de l'enfant eu égard à son âge et à son degré de maturité » (§2). Il ne s'agit pas là d'une harmonisation des procédures des États membres en la matière, puisque le texte prévoit que l'audition se déroule « conformément aux législations et procédures nationales », mais on dépasse tout de même la seule détermination de la juridiction compétente, pour poser une exigence quant à la procédure suivie par le juge saisi. On trouve à cet endroit l'écho de textes internationaux – notamment l'article 12 de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant. Par ailleurs, cette disposition facilitera la circulation des décisions, puisque le rapport de 2014 relevait qu'un motif de non-reconnaissance souvent mis en avant au titre de la protection de l'OPI était justement l'absence d'audition de l'enfant.

Progression de la circulation des décisions sans exequatur – Autre innovation du texte, la progression du nombre des décisions pouvant circuler entre États membres sans exequatur. Il faut rappeler que le règlement n°2201/2003 a été le premier instrument de l'Union à avoir supprimé l'exequatur en droit civil pour les décisions certifiées relatives au droit de visite et au retour de l'enfant en cas d'enlèvement. L'article 34 nouveau supprime désormais l'exequatur pour toutes les décisions exécutoires rendues en matière de responsabilité parentale : « Les décisions rendues dans un État membre en matière de responsabilité parentale, qui y sont exécutoires, sont exécutoires dans les autres États membres sans qu'une déclaration constatant leur force exécutoire ne soit nécessaire. » Ces décisions, bien qu'exemptées d'exequatur, pourront tout de même faire l'objet d'une demande de refus de reconnaissance ou d'exécution sur le fondement de différents motifs

énumérés aux articles 39 et 41 : incompatibilité manifeste avec l'OPI de l'État requis, inconciliabilité avec une décision déjà présente dans son ordre juridique, décision rendue par défaut en présence d'une notification défailante, opposition « de toute personne faisant valoir que la décision fait obstacle à l'exercice de sa responsabilité parentale, si la décision a été rendue sans que cette personne ait eu la possibilité d'être entendue ». En outre, il faut noter que deux types de décisions – celles relatives au droit de visite et celles prises par l'État membre « dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement » ordonnant le retour de l'enfant nonobstant une décision de non-retour rendue par l'État de refuge – sont qualifiées de « privilégiées » par le règlement. Elles bénéficient dès lors d'un régime spécial prévu aux articles 42 et suivants : une fois la décision privilégiée certifiée dans l'État membre où elle est prononcée, son exécution ne pourra pas être empêchée dans l'État requis, hormis si la contestation porte sur la rectification d'une erreur matérielle (art. 48), ou pour des raisons d'inconciliabilité avec une autre décision (art. 50). On note donc que même le contrôle du respect de l'OPI a été abandonné relativement à ces décisions particulières.

Possibilité pour les parents de choisir le juge compétent pour statuer sur la responsabilité parentale – Pour ce qui est des règles de compétence internationale des juridictions, dans l'ensemble, le règlement Bruxelles II ter reprend les solutions du règlement Bruxelles II bis. Un point de différence mérite cependant l'attention : il s'agit de la généralisation de la possibilité offerte aux parents de choisir le juge qui statuera sur la responsabilité parentale, consacrée à l'article 10. En effet, dans le règlement n°2201/2003, les parents ne pouvaient élire un for différent de celui de la résidence habituelle de l'enfant qu'au seul moment du litige. Au contraire, l'article 10 nouveau donne plus de champ à la

volonté commune des titulaires de l'autorité parentale. D'une part, le choix pourra désormais se faire avant le litige aussi bien que pendant, le texte précisant la forme que doit prendre une convention d'élection de for qui serait faite avant la saisine de la juridiction. D'autre part, le nouveau texte ne lie plus la désignation du juge compétent à une éventuelle procédure de divorce : l'article 10 nouveau ne retient que la nécessité d'un « lien étroit » entre l'enfant et l'État membre dont les juridictions sont choisies, en donnant quelques exemples de ce qui pourrait constituer un tel lien (résidence d'un titulaire de l'autorité parentale, ancienne résidence habituelle de l'enfant, nationalité de l'enfant). Évidemment, le texte assortit la possibilité de choisir la compétence de limites visant à l'encadrer, la moindre n'étant pas la nécessité de s'assurer que « l'exercice de la compétence est dans l'intérêt supérieur de l'enfant ».

Au-delà de ces ajustements, le grand intérêt du nouveau règlement réside dans le développement des dispositions concernant l'enlèvement international d'enfants, jusqu'à en faire une troisième matière à part entière couverte par le règlement Bruxelles II ter.

II. Création d'un ensemble de règles détaillées relatives à l'enlèvement international d'enfants

Le règlement n°2201/2003 n'ignorait pas l'enlèvement international d'enfants : un article 10 y était consacré – ainsi qu'un article 11 sur la question du retour. Mais c'est sans commune mesure avec l'importance que prend la question au sein du règlement n°2019/1111, qui y consacre un chapitre entier. Il s'agit donc désormais d'un troisième volet du règlement, comme la refonte de 2003 avait ajouté la responsabilité parentale à la matière matrimoniale. Sur ces questions, le règlement n°2019/1111 entend avant tout venir compléter les dispositions de la Convention de La Haye de 1980 (A), même s'il est vrai que les

dispositions relatives au retour de l'enfant sont partiellement innovantes (B).

A. Règles de procédures destinées à venir en appui aux dispositions de la Convention de La Haye de 1980

Quand l'Union Européenne a choisi d'introduire dans le règlement Bruxelles II ter une section relative à l'enlèvement international d'enfants, elle l'a fait en tenant compte de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, en vigueur dans tous les États membres de l'Union.

Complémentarité – Le règlement de Bruxelles II ter a en fait pour objet, sur ce chapitre, de compléter la convention. Ainsi, l'article 22 nouveau prévoit que la demande « de rendre une décision sur la base de la Convention de La Haye de 1980 ordonnant le retour d'un enfant âgé de moins de 16 ans qui a été déplacé ou retenu illicitement dans un État membre autre que l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites » entraîne l'application des nouvelles mesures, contenues dans les articles 23 à 29. Il ne s'agit aucunement de remettre en cause le système conventionnel, mais de le compléter quand le déplacement d'enfant s'opère entre deux États membres.

Amélioration des procédures – Une partie des dispositions figurant dans ce chapitre III ont pour objet d'inciter les juridictions des États membres à améliorer le traitement des demandes qui leur sont présentées. Par exemple, l'article 23 nouveau prévoit que les autorités centrales agissent « rapidement », qu'elles accusent la réception des demandes dans un délai de cinq jours, ou encore qu'elles correspondent « sans retard » entre elles. Dans le même sens, l'article 24 nouveau prévoit que les juridictions saisies utilisent « les procédures les plus rapides prévues

par le droit national », et statuent dans la mesure du possible en six semaines. On peut également citer l'article 28 qui incite au traitement rapide des décisions ordonnant le retour d'un enfant.

Incitation à la déjudiciarisation – Enfin, le règlement vise également l'amélioration des procédures en faisant obligation aux juridictions saisies, au besoin avec l'aide des autorités centrales, d'inciter les parties à recourir à des modes de règlement alternatif des litiges. L'article 25 prévoit en ce sens que les parties sont invitées « à examiner si elles sont disposées à entamer une médiation ou à recourir à tout autre mode alternatif de règlement des litiges ». Cette invitation va dans le sens global d'une justice moderne déjudiciarisée, ce qui est sensé apporter une réduction des coûts, le désengorgement des tribunaux et une célérité accrue. Le règlement réserve cependant un certain nombre de situations, notamment celles où « cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

B. Organisation d'une procédure de retour revisitée

Le cœur des apports du règlement n°2019/1111 à la question des enlèvements internationaux d'enfants se situe cependant ailleurs, dans des dispositions extrêmement détaillées sur les procédures de retour.

Procédure de retour de l'enfant – L'article 27 prévoit d'abord que la juridiction saisie ne peut refuser le retour de l'enfant si la personne qui le demande « n'a pas eu la possibilité d'être entendue » (§1). Parallèlement, elle peut (et non pas : doit), et ceci à tout stade de la procédure, examiner si des contacts entre l'enfant et la personne qui demande le retour de l'enfant devraient être organisés, en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant (§2). Un certain nombre de dispositions concernent surtout le « risque grave » de « danger physique ou psychique » qui, selon l'article 13 de la convention de 1980, peut

permettre à la juridiction de l'État de refuge de s'opposer au retour de l'enfant. En effet, l'article 27, §3 du règlement n°2019/1111 permet au juge d'ordonner ce retour malgré la présence d'un risque, si la partie qui le demande garantit à la juridiction, en fournissant « des éléments de preuve suffisants », que « des dispositions adéquates ont été prises pour assurer la protection de l'enfant après son retour » (ou si la juridiction est convaincue que cette protection est garantie, de toute autre manière, notamment en entrant en contact avec les autorités de l'État membre où l'enfant avait sa résidence habituelle avant le déplacement, ce qui est prévu au §4). Cette disposition est bienvenue, dans la mesure où il était délicat pour les juges, en application du règlement Bruxelles II bis, de déterminer par leurs propres moyens si des mesures adéquates avaient bien été prises : la preuve pèsera désormais principalement sur demandeur au retour. En outre, même lorsqu'elle ordonne le retour de l'enfant, la juridiction peut, le cas échéant, prendre des mesures provisoires ou conservatoires (§5), tant que « l'examen et la prise de ces mesures ne retardent pas indûment la procédure de retour ». Enfin, la « décision ordonnant le retour de l'enfant peut être déclarée exécutoire par provision » (§6). C'est donc une refonte d'une certaine importance qu'il s'agit ici, même s'il ne s'agit pas d'une révolution : l'essentiel des solutions anciennes perdurent, mais elles se retrouvent affinées et étendues.

Procédure suite à une décision de non-retour de l'enfant – L'article 13 de la Convention de La Haye de 1980 permet donc à l'autorité saisie de refuser le retour de l'enfant. Elle peut le faire non seulement à cause du risque grave de danger déjà évoqué (Conv., art. 13, al.1er sous b), mais également « si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion » (Conv., art. 13, al.2). Le règlement n°2019/1111 consacre un article 29 à ces scénarios, et prévoit notamment que la

juridiction délivre automatiquement un certificat (§2). Mais les règles les plus intéressantes sont celles prévoyant l'articulation de la compétence des juridictions refusant le retour avec les juridictions « de l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites ». Il s'agit ici de reprendre et améliorer un mécanisme mis en place par le règlement n°2201/2003 dans son article 11, §8, qu'on a surnommé « retour nonobstant ». Ce dernier consiste, en cas de refus de la part des autorités de l'État de refuge, à permettre aux autorités de l'État d'origine de prononcer tout de même le retour de l'enfant. Dans le cas où ces dernières juridictions auraient déjà été saisies d'une « d'une demande d'examen au fond en matière de droit de garde », l'article 29 nouveau impose ainsi à la juridiction de l'État de refuge de les aviser et de leur transmettre, dans un délai de un mois, sa propre décision (§3). Dans le cas où ces mêmes juridictions de l'État d'origine auraient été autrement saisies – postérieurement par exemple ? – d'une demande tendant à voir juger au fond du droit de garde, la partie demanderesse doit les informer dans un délai de trois mois de toute décision rendue par la juridiction de l'État de refuge (§5). Ainsi, si le mécanisme de « retour nonobstant » est maintenu, il est mieux encadré, et le texte nouveau crée les conditions pour que les juridictions de l'État d'origine prennent leur décision avec la meilleure information. Enfin, il faut rappeler que « toute décision au fond en matière de droit de garde » rendue par les juridictions de la dernière résidence habituelle de l'enfant avant l'enlèvement sont des décisions privilégiées, au sens des articles 42 et suivants (§6).

Conclusion – Le lecteur de ce règlement n°2019/1111 dit « Bruxelles II ter » remarquera sans doute, avant toute chose, l'inflation du texte, avec des considérants très enrichis – dont l'avenir dira s'ils facilitent le travail d'interprétation des

juges – et pas moins de 45 articles consacrés à la reconnaissance et à l'exécution. Mais, au-delà, il faut saluer les efforts faits notamment pour étendre et clarifier les dispositions relatives à l'enlèvement international d'enfants, qui s'appliquent dans des situations souvent violentes, impliquant une grande souffrance des intéressés. En revanche, il est dommage de ne pas avoir su saisir l'occasion de cette refonte, qui arrivait après quatorze années d'application du texte, pour régler certains des problèmes les plus unanimement soulevés. Peut-être est-ce par calcul, de façon à ce que des discussions déjà longues ne retardent pas davantage encore le processus de modernisation. Mais la section du règlement relative à la matière matrimoniale, particulièrement, aurait mérité une attention plus que cosmétique. Rendez-vous dans quinze ans pour la prochaine refonte ?

L'actualité

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2019-791 QPC du 21 juin 2019 : inconstitutionnalité partielle du dispositif d'autorisation de sortie sous escorte d'une personne détenue

Par un arrêt du 5 avril 2019, le Conseil d'Etat a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relative aux articles 148-5, 712-5 et 723-6 du Code de procédure pénale concernant les autorisations de sortie de détenus sous escorte.

Selon la requérante, ces dispositions méconnaîtraient le droit à un recours juridictionnel effectif. D'une part, elle critique le fait que ne peut être contestée la décision par laquelle l'autorité judiciaire refuse une autorisation de sortie sous escorte à une personne placée en détention provisoire. D'autre part, la requérante relève que si la personne détenue condamnée peut faire appel d'un refus d'autorisation de sortie sous escorte, aucun délai n'est prescrit au premier juge saisi pour statuer sur la demande d'autorisation de sortie. En outre, compte tenu de la nature particulière de la mesure en cause, le législateur aurait dû imposer au juge de se prononcer avec célérité. Enfin, la requérante fait valoir que les dispositions contestées ne précisent pas les motifs pour lesquels une autorisation de sortie sous escorte peut être refusée. Il résulterait également de tout ce qui précède une méconnaissance du droit de mener une vie familiale normale. Pour les mêmes raisons, ces dispositions seraient aussi entachées d'une incompétence négative de nature à porter atteinte aux droits mentionnés ci-dessus.

Pour ce qui concerne, en premier lieu, la contestation du refus opposé à une demande d'autorisation de sortie sous escorte formée par une personne placée en détention provisoire, le

Conseil constitutionnel constate que, si l'article 148-5 du Code de procédure pénale prévoit que les personnes placées en détention provisoire peuvent, en toute matière et en tout état de la procédure d'instruction, bénéficier à titre exceptionnel d'une autorisation de sortie sous escorte octroyée par la juridiction d'instruction ou de jugement, ces dispositions, ni aucune autre disposition législative, ne permettent de contester devant une juridiction le refus d'une telle autorisation. Ainsi, au regard des conséquences qu'entraîne ce refus pour une personne placée en détention provisoire, l'absence de voie de droit permettant la remise en cause de la décision de la juridiction d'instruction ou de jugement méconnaît les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789.

Pour ce qui concerne, en second lieu, la contestation du refus opposé à une demande d'autorisation de sortie sous escorte formée par une personne condamnée, les Sages constatent, notamment, que l'article 723-6 du Code de procédure pénale prévoit que les personnes condamnées détenues peuvent bénéficier, à titre exceptionnel, d'une autorisation de sortie sous escorte. La décision d'octroi ou de refus d'une telle mesure est prise par le juge de l'application des peines, qui statue par ordonnance. En application des articles 712-1 et 712-12 du même Code, cette décision est susceptible de faire l'objet d'un recours devant le président de la chambre de l'application des peines. En outre, selon l'article 802-1 du Code de procédure pénale, lorsque, en application de ce Code, une juridiction est saisie d'une demande à laquelle il doit être répondu par une décision motivée susceptible de recours, il est possible d'exercer un recours contre la décision implicite de rejet de la demande, qui naît à l'issue d'un délai de deux mois. Il en résulte que, en l'absence de réponse du juge de l'application des peines durant un délai de deux mois, le condamné ayant sollicité une autorisation de sortie sous escorte peut contester devant le président de la Chambre de l'application des peines le refus implicite qui lui est opposé. En conséquence, les

dispositions contestées sont déclarées conformes aux droits et libertés que la Constitution garantit.

La présente décision a été anticipée par le législateur puisque l'article 55 de la loi du 23 mars 2019 de réforme pour la justice a réécrit l'article 148-5 du Code de procédure pénale relatif aux autorisations de sortie sous escorte, afin de prévoir également une possibilité de recours en la matière. Les nouvelles dispositions prévoient ainsi qu'en toute matière et en tout état de la procédure, toute personne placée en détention provisoire peut, à titre exceptionnel, faire l'objet d'une autorisation de sortie sous escorte selon des modalités prévues par décret. Les décisions accordant ou refusant ces autorisations peuvent faire l'objet du recours prévu au dernier alinéa de l'article 145-4-2, c'est-à-dire devant le président de la Chambre de l'instruction

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 25 juin 2019, n° 19-90.022 : transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la transcription des débats devant le tribunal correctionnel

Par jugement du tribunal correctionnel de Pontoise, en date du 5 avril 2019, la Cour de cassation a été saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité rédigée en ces termes : « *L'article 453 du code de procédure pénale est-il conforme à la Constitution (article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789) et aux principes du procès équitable, de la loyauté des débats et d'égalité, dégagés par la jurisprudence du Conseil, dès lors que la preuve des échanges entre les parties et la formation de jugement à l'audience est subjectivement rapportée par le greffier de manière synthétique et non-intégrale dans un système où l'oralité des débats est le principe ?* ».

L'article 453 du Code de procédure pénale, relatif aux débats devant le tribunal correctionnel, dispose : « *Le greffier tient note du déroulement des débats et principalement, sous*

la direction du président, des déclarations des témoins ainsi que des réponses du prévenu. / Les notes d'audience sont signées par le greffier. Elles sont visées par le président, au plus tard dans les trois jours qui suivent chaque audience ».

Dans son arrêt du 25 juin 2019, la Chambre criminelle décide de transmettre cette question au Conseil constitutionnel en soulignant le caractère sérieux de cette question, « *en ce que les termes de l'article 453 du Code de procédure pénale ne garantissant pas au prévenu de pouvoir disposer d'une transcription complète du déroulement des débats et des déclarations faites à l'audience, il pourrait en résulter une atteinte aux droits de la défense* ».

La décision du Conseil constitutionnel, si elle faisait droit à la question transmise, pourrait modifier substantiellement les conditions de déroulement des audiences correctionnelles, mais aussi de l'ensemble des juridictions répressives.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 26 juin 2019, n° 19-82.733 : transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité relative au recours à la visio-conférence lors des audiences relatives au contentieux de la détention provisoire devant la chambre de l'instruction

Dans le cadre de l'examen d'un pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt d'une Chambre de l'instruction ayant rejeté la demande de remise en liberté d'un mis en examen, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a été saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité rédigée en ces termes : « *Les dispositions de l'article 706-71, alinéa 3, du code de procédure pénale en tant qu'elles permettent le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle lors des audiences relatives au contentieux de la détention provisoire devant la chambre de l'instruction, sans faculté d'opposition pour le détenu lorsque le contentieux porte sur une demande de mise en liberté, sont-elles conformes aux articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de*

l'homme et du citoyen et à l'article 34 de la Constitution ? ».

Dans son arrêt du 26 juin 2019, la Haute juridiction judiciaire décide de transmettre cette question au Conseil constitutionnel. Pour ce faire, elle affirme que la question posée présente un caractère sérieux, en ce que le Conseil constitutionnel a considéré dans sa décision du 21 mars 2019 (n° 2019-778 DC), censurant les dispositions de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, qui modifiaient l'article 706-71 du Code de procédure pénale en supprimant l'obligation de recueillir l'accord de l'intéressé pour recourir à la visio-conférence dans les débats relatifs à la prolongation d'une mesure de détention provisoire, que, eu égard à l'importance de la garantie qui s'attache à la présentation physique de l'intéressé devant le magistrat ou la juridiction compétent dans le cadre d'une procédure de détention provisoire, et en l'état des conditions dans lesquelles s'exerce un tel recours à ces moyens de télécommunication, les dispositions contestées portaient une atteinte excessive aux droits de la défense.

Selon la Chambre criminelle, ce raisonnement, exprimé en termes généraux, est susceptible de s'appliquer à d'autres aspects du contentieux de la détention provisoire, et notamment à l'examen des demandes de mise en liberté dont est saisie directement la Chambre de l'instruction.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 7 août 2019, n° 18-87.174 : la recevabilité du grief tiré de l'impartialité du président de la Chambre de l'instruction est conditionnée à l'exercice préalable de la procédure de récusation

En l'espèce, un juge d'instruction avait ordonné la saisie en valeur de divers biens meubles corporels appartenant à une personne mise en examen. Cette ordonnance a été contestée devant la Chambre de l'instruction qui

l'a confirmée après avoir constaté qu'« à l'annonce de la date du délibéré, Maître Y... fait remarquer qu'il n'avait pas eu la parole en dernier » et que « la présidente observe qu'il a quitté la barre à l'issue de sa plaidoirie pour s'asseoir dans la salle d'audience et lui a immédiatement proposé de reprendre la parole ». Un pourvoi en cassation a alors été formé à l'encontre de cet arrêt aux motifs, notamment, d'une méconnaissance du droit de la défense d'avoir la parole en dernier et d'une violation de l'exigence d'impartialité. Néanmoins, ces moyens sont rejetés par la Cour de cassation dans son arrêt du 7 août 2019.

En premier lieu, la Chambre criminelle souligne que l'arrêt attaqué énonce, d'une part, qu'à l'audience ont notamment été entendus l'avocat de la mise en examen puis celui de la partie civile, en leurs observations, le ministère public, en ses réquisitions, et qu'à l'annonce de la date du délibéré l'avocat de la mise en examen a fait remarquer qu'il n'avait pas eu la parole en dernier, d'autre part, que la présidente de la Chambre de l'instruction a fait observer que cet avocat avait quitté la barre à l'issue de sa plaidoirie pour s'asseoir dans la salle d'audience et lui a immédiatement proposé de reprendre la parole, qu'enfin l'avocat de la mise en examen n'a pas souhaité faire d'autres observations que celle de demander qu'il lui soit donné acte qu'il n'avait pas eu la parole en dernier. Selon la Chambre criminelle, il résulte de ces constatations que, contrairement à ce qu'elle soutient, la mise en examen a été mise en mesure d'exercer avant le prononcé de la décision les droits qu'elle tient des dispositions légales et conventionnelles invoquées, les débats n'étant clos, devant la Chambre de l'instruction, que par le prononcé de l'arrêt. En second lieu, pour rejeter le grief tiré d'une violation de l'exigence d'impartialité, la Cour de cassation affirme que « le demandeur qui n'a pas usé de la faculté, offerte par l'article 668 du Code de procédure pénale, de demander la récusation du président de la Chambre de l'instruction, n'est pas recevable à mettre en cause l'impartialité de ce magistrat, à l'occasion d'un pourvoi en cassation, sauf à alléguer des circonstances qu'il n'était pas en mesure de connaître avant la clôture des débats ».

Cette dernière affirmation fait écho à un arrêt récent de la Chambre criminelle aux termes

duquel est irrecevable le grief fait par une personne mise en examen à une Chambre de l'instruction d'avoir rejeté son moyen de nullité d'un débat contradictoire et d'une ordonnance de prolongation de sa détention provisoire, pris de la partialité, alléguée par elle, du juge des libertés et de la détention qui avait, par une ordonnance antérieure et annulée, déjà prononcé sur la demande du juge d'instruction à cette fin, dès lors qu'informée du nom du juge qui allait statuer, il lui appartenait, si elle avait un doute sur l'impartialité de ce magistrat, de le récuser, par les voies de droit, préalablement à la tenue de ce débat (Cass. crim., 25 septembre 2018, n° 18-84.067).

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

mise en examen doit faire état des moyens pris de la nullité des actes accomplis avant un interrogatoire dans un délai de six mois à compter de cet interrogatoire, sauf dans le cas où elle n'aurait pu les connaître, d'autre part, ce délai de forclusion ne s'applique pas aux actes auxquels il a été procédé après le dernier interrogatoire en date de la personne mise en examen, dont celle-ci peut critiquer la régularité. Or, en l'espèce, la Chambre de l'instruction a méconnu ce principe.

Il s'agit là, à notre connaissance, du premier arrêt de la Cour de cassation limitant le mécanisme de purge prévu par l'article 173-1 du Code de procédure pénale.

Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

Cass. crim., 7 août 2019, n° 18-86.418 : limitation de la purge des nullités prévue par l'article 173-1 du Code de procédure pénale

En l'espèce, alors que le pourvoi en cassation qu'il avait formé contre l'arrêt de la Chambre de l'instruction ayant confirmé sa mise en examen, un mis en examen a formé, notamment, une requête en nullité. La Chambre de l'instruction déclara cette requête irrecevable au motif que, au moment où elle avait été formée, le délai de six mois prévu par l'article 173-1 du Code de procédure pénale au-delà duquel la personne mise en examen n'est plus recevable à contester la régularité des actes accomplis était expiré. Elle ajouta que qu'à défaut d'interrogatoire ultérieur, la faculté de présenter une requête en nullité n'est de nouveau ouverte que pendant le délai de trois mois prévu par l'article 175 du Code de procédure pénale qui court à compter de l'envoi de l'avis de fin d'information, dont le requérant n'a pas usé.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi à l'encontre de cet arrêt, prononce une cassation. Elle affirme ainsi qu'il résulte de la combinaison des articles 173 et 173-1 du Code de procédure pénale que, d'une part, sous peine d'irrecevabilité, la personne

Civ. 1re, 13 juin 2019, n° 18-19.100 : Contrôle de proportionnalité *in concreto* en matière d'adoption

Dans le cadre de cette espèce, un homme marié et père de deux enfants avait entamé une liaison avec une femme rencontrée à Cuba, qu'il avait accueillie à son domicile avec sa sœur jumelle. Par la suite l'homme divorce, puis dépose une requête aux fins d'adoption des sœurs jumelles. Lors de la procédure d'adoption, il s'était abstenu de mentionner l'existence des enfants issus de son mariage. Le jugement prononçant l'adoption simple des sœurs jumelles a été rendu le 26 avril 2007, mais n'a été porté à la connaissance des enfants biologiques du couple qu'après le décès de leur père, le 7 mai 2013. Dans le cadre du règlement de la succession, les filles adoptives du défunt ont assigné ses enfants biologiques en partage judiciaire. Ces derniers ont alors formé tierce opposition au jugement d'adoption, le 3 avril 2015. La cour d'appel déclare recevable et bien fondée cette action. La Cour de cassation rejette le pourvoi, articulé autour de trois moyens, formé par les jumelles. Le premier moyen vise à remettre en cause les conséquences que la cour d'appel a tirées du silence de l'adoptant sur la présence d'enfants par le sang. Rejetant le moyen, la Cour de

cassation considère que la cour d'appel a souverainement déduit de l'ensemble de ses constatations, sans confondre recevabilité et bien-fondé de la tierce opposition, que les faits caractérisaient une omission et une réticence constitutives d'une fraude rendant recevable la tierce opposition. Le second moyen de cassation s'attache à contester le bien-fondé de la tierce opposition en critiquant les critères retenus par la cour d'appel. Cette dernière a considéré que l'homme n'a pas élevé les enfants ; le but poursuivi était de nature successorale et fiscale, l'adoption ayant pour objet de réduire les droits des enfants de l'adoptant issus de son mariage, tout en faisant des adoptées ses héritières réservataires. Dès lors, pour la Haute cour, la cour d'appel en a souverainement déduit que, l'institution ayant été détournée de son but, la décision devait être rétractée. Enfin, la Haute cour rejette le dernier moyen, tiré de la violation de la Convention EDH en opérant un contrôle de proportionnalité, désormais devenu classique en droit des personnes et de la famille. Dans un premier temps, la Cour de cassation rappelle les dispositions de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce dernier impose que toute ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale soit prévue par la loi et nécessaire au respect d'un impératif d'ordre public ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Dans un second temps, elle opère un contrôle de conventionnalité afin de constater l'ingérence que constitue l'annulation de l'adoption dans le droit au respect de la vie privée et familiale de l'adoptant et de l'adopté, avant de s'assurer que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle poursuit un but légitime. Enfin et dans un dernier temps, elle procède à une appréciation *in concreto* des circonstances. En ce sens, il « *appartient au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en œuvre de ce texte ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de l'intéressé, au regard du but légitime poursuivi et, en particulier, si un juste équilibre est ménagé entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu* ».

Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 2e, 27 juin 2019, n° 18-12.194 : Rejet de la qualification d'une ordonnance sur requête

Un juge des référés, par une ordonnance en date du 25 juin 2015, a, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure, désigné un expert dans le cadre d'un litige opposant deux sociétés. L'une des sociétés a saisi le juge chargé du contrôle de l'expertise d'une demande visant à accroître la mission de l'expert. Le juge des référés a fait droit à la demande. Toutefois, l'autre société a interjeté appel. Pour déclarer l'appel irrecevable, la cour d'appel a retenu que la décision rendue à la demande d'un justiciable, sans que les autres personnes susceptibles d'être affectées par la mesure qu'il ordonne soient préalablement appelées à l'instance ou entendues est une ordonnance sur requête au sens des articles 493 et suivants du Code de procédure civile peu important le fait que le requérant ait adressé une copie de la requête à un tiers intéressé et quelles que soient les modalités de notification de ladite décision, que dès lors seule la voie de la rétractation est ouverte et l'irrecevabilité de l'appel formé contre cette décision doit être prononcée. La Cour de cassation censure les juges du fond, pour violation de l'article 493 du Code de procédure civile. Constatant que le juge du contrôle des expertises avait été saisi d'une demande d'extension de la mission de l'expert sollicitant le respect du principe de la contradiction, le juge du fond ne pouvait déduire du seul fait que les parties n'avaient pas été appelées à l'instance ou entendues qu'une ordonnance sur requête avait été rendue et que l'appel immédiat était irrecevable. Par cet arrêt, la Cour de cassation revient sur la qualification d'ordonnance sur requête. Or, à la différence des ordonnances de référé, les ordonnances sur requête permettent une dérogation au principe du contradictoire (art. 14 CPC). Or ce qui faisait défaut en l'espèce

pour retenir la qualification d'ordonnance sur requête, c'est l'absence de volonté de la part de la société sollicitant l'extension de l'expertise de vouloir déroger au contradictoire.

Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 2e, 27 juin 2019, n° 17-28.111 : Limite à la règle « *pourvoi sur pourvoi ne vaut* »

Dans le cadre de cette espèce, les propriétaires d'une maison d'habitation assignent une société, propriétaire d'une parcelle limitrophe, en réparation de désordres consécutifs à la construction d'un parking sur celle-ci qu'ils imputent à cette société. La société soutient que le pourvoi des époux déclaré le 22 novembre 2017 est irrecevable au visa de l'alinéa 1er de l'article 621 du Code de procédure civile selon lequel : « *Si le pourvoi en cassation est rejeté, la partie qui l'a formé n'est plus recevable à en former un nouveau contre le même jugement, hors le cas prévu à l'article 618* » ainsi qu'en application de la règle de procédure « *pourvoi sur pourvoi ne vaut* ». En effet, les époux ayant déjà formé un précédent pourvoi contre l'arrêt d'appel le 21 août 2017 et la déchéance de celui-ci ayant été constatée par une ordonnance du 29 mars 2018, ils n'étaient pas, selon la société, en mesure d'en présenter un second. Toutefois, la Cour de cassation invalide ce raisonnement et rappelle que l'ordonnance prononçant la déchéance du premier pourvoi a été rendue le 29 mars 2019 ; le second pourvoi a quant à lui été présenté le 22 novembre 2017. L'ordonnance ayant été rendue postérieurement au second pourvoi, celui-ci est donc recevable conformément aux dispositions de l'article 621 du Code de procédure civile. Concrètement, les époux étaient à même de présenter un second pourvoi, n'ayant pas, à la date de sa présentation, encore eu connaissance de la déchéance de leur premier pourvoi.

Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 2e, 27 juin 2019, n° 18-19.466 : Compétence territoriale en matière contractuelle

La Haute cour retient que l'option de compétence territoriale prévue en matière contractuelle ne concerne que les contrats impliquant la livraison d'une chose ou l'exécution d'une prestation de services. En l'espèce, les vendeurs d'un immeuble poursuivent l'acheteur, devant le tribunal du lieu de situation de l'immeuble, en paiement de la somme prévue au compromis de vente en cas de non-réitération de l'acte et en paiement de dommages-intérêts. L'acheteur, une SCI, prétend que seul est compétent le tribunal dans le ressort duquel il a son siège social, estimant que l'article 46 n'est pas applicable et qu'il faut appliquer la règle de droit commun, à savoir la compétence du tribunal du lieu du domicile du défendeur (art. 42 CPC). La cour d'appel déclare le tribunal du lieu de situation de l'immeuble compétent en retenant que l'option prévue en matière contractuelle joue dès lors que le lieu retenu est celui où la livraison devait être faite, que le compromis de vente, bien qu'étant un avant-contrat, relève de la matière contractuelle, quand bien même il n'impliquerait pas la livraison d'une chose, et qu'enfin, selon la jurisprudence, l'ensemble de la matière contractuelle est visé par l'option de compétence prévue à l'article 46, al. 2 du Code de procédure civile, les facteurs de rattachement, lieu de livraison ou lieu d'exécution de la prestation, ne se confondant pas avec la matière litigieuse. Toutefois, la Cour de cassation censure les juges du fond. En effet, l'option de compétence territoriale prévue en matière contractuelle ne concerne que les contrats impliquant la livraison d'une chose ou l'exécution d'une prestation de services. Par suite, dès lors que le compromis de vente ne

prévoyait ni la livraison d'une chose ni l'exécution d'une prestation de services, l'article 46, al. 2 du Code de procédure civile n'était pas applicable, de sorte que le tribunal saisi par le vendeur n'était pas compétent. La solution n'est pas nouvelle, la troisième chambre civile ayant déjà eu l'occasion de censurer un arrêt dans lequel une cour d'appel, saisie d'une demande en paiement d'une somme d'argent pour non-réitération de l'acte authentique de vente d'un immeuble, avait rejeté l'exception d'incompétence de la juridiction du lieu d'exécution du contrat alors qu'il n'y avait eu ni livraison effective d'une chose ni exécution d'une prestation de service (Civ. 3e, 8 juill. 1992, n° 90-17.319).

Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 15 mai 2019, n° 18-10.491 : Contrôle de proportionnalité en matière de preuve

Le titulaire d'un compte bancaire ayant émis des chèques à l'ordre d'une société demande à sa banque la communication de la copie de l'endossement des chèques. Elle sollicite également les informations concernant le bénéficiaire effectif du compte crédité. Toutefois, la banque refuse la communication en raison du secret bancaire (art. L 511-33 C. mon. fin.). Dès lors, le titulaire du compte bancaire demande au juge des référés la production du verso des chèques, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile qui permet au juge d'ordonner une mesure d'instruction s'il existe un motif légitime d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige. La Cour d'appel rejette la demande. Elle retient qu'en produisant les pièces demandées, la banque divulguerait les informations figurant au verso des chèques et porterait ainsi atteinte au secret dont sont titulaires les bénéficiaires des chèques. Toutefois, la Cour de cassation censure les juges

du fond. En effet, ces derniers auraient dû rechercher si la communication au titulaire du compte des informations figurant au verso des chèques qu'il avait émis n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve, pour déterminer l'éventuelle responsabilité de la banque lors de l'encaissement desdits chèques, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, incluant la protection du secret dû aux bénéficiaires de ces chèques.

Droit des biens

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 3e, 4 juill. 2019, n° 18-17.119 : Rejet du contrôle de proportionnalité en cas d'occupation sans droit ni titre

En l'espèce, les propriétaires d'un terrain sollicitent en référé l'expulsion de personnes qui s'y sont installées, sans droit ni titre. Celles-ci invoquent pour s'opposer à cette demande le droit au respect de leur domicile. La cour d'appel ordonne l'expulsion. Elle retient que le droit de propriété ayant un caractère absolu, toute occupation sans droit ni titre du bien d'autrui constitue un trouble manifestement illicite permettant aux propriétaires d'obtenir en référé l'expulsion des occupants. Toutefois, pour la Cour de cassation, par une formulation de principe, l'expulsion étant la seule mesure de nature à permettre au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit sur le bien occupé illicitement, l'ingérence qui en résulte dans le droit au respect du domicile de l'occupant, protégé par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ne saurait être disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte portée au droit de propriété. Alors que le contrôle de proportionnalité tend à se développer, notamment en droit des personnes et de la famille, la Cour de cassation considère que la gravité de l'atteinte au droit de propriété du propriétaire du terrain est telle

qu'elle justifie en tout état de cause l'expulsion des occupants, sans que le juge soit tenu de procéder à un contrôle de proportionnalité avec le droit au respect de leur domicile. L'expulsion étant la seule mesure de nature à permettre au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit sur le bien occupé illicitement.

Droit des biens

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 3e, 20 juin 2019, n° 18-12.278 : Exigence de fonds contigus pour la coupe des arbres

Deux époux assignent le propriétaire d'un cèdre situé sur un terrain séparé par une voie publique, d'une part en élagage des branches venant surplomber leur jardin et d'autre part en paiement de dommages-intérêts sur le fondement du trouble anormal de voisinage. Les demandeurs étant déboutés en première instance par le tribunal, qui statue en dernier ressort, ils forment alors un pourvoi en cassation. Ils reprochent aux juges du fond d'avoir considéré, sur la base des constats réalisés, que les branches litigieuses n'avançaient pas de façon significative sur leur propriété et qu'ainsi, les dispositions de l'article 673 du Code civil ne trouvaient pas à s'appliquer, alors qu'il ne s'agit pas d'un critère à prendre en considération selon la lettre du texte. La Cour de cassation rejette le pourvoi en rappelant que « *les dispositions de l'article 673 du Code civil, conférant au propriétaire du fonds, sur lequel s'étendent les branches d'un arbre implanté sur le fonds de son voisin, le droit imprescriptible de contraindre celui-ci à les couper, ne sont applicables qu'aux fonds contigus* ». Concrètement, dès lors que la parcelle des demandeurs ne jouxte pas celle du défendeur, dont elle est séparée par une voie publique, le tribunal a pu retenir que les branches, certes proches du mur de clôture des demandeurs, n'avançaient pas sur leur propriété au sens de l'article 673 du Code civil.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 15 mai 2019, pourvoi n° 17-27.686 : Eclaircissements en matière de cession de créance et d'opposabilité des exceptions.

Le lecteur attentif de la décision rendue par la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 15 mai 2019 n'aura pas manqué d'observer qu'elle a été rendue à propos d'une cession de créance professionnelle – ou cession Dailly – régie par le Code monétaire et financier. Reste que la décision renseigne sur la cession de créance en général, indépendamment de sa nature commerciale ou civile, de sorte qu'elle intéressera pareillement les spécialistes de chacune de ces matières. En l'espèce, une banque-cessionnaire de créances assigne le débiteur-cédé en paiement des créances cédées résultant de factures émises sur ce dernier par le cédant en vertu d'un contrat de vente conclue entre eux. Le débiteur-cédé demande la résolution de la vente et, partant, le rejet de la demande de la banque-cessionnaire. Précisément, le cédé invoque l'inexécution de ses obligations contractuelles par le cédant. Autrement dit, le débiteur-cédé entend opposer au cessionnaire l'exception née de la résolution qu'elle pourrait faire valoir à l'encontre du cédant. Sur le fond, la démarche du cédé est logique et cohérente, raison du succès de son argumentaire devant les juges du fond. De plus, on rappellera que l'article 1324 alinéa 2 du Code civil nouveau issu de la réforme du droit des contrats et du régime des obligations pratiquée par l'ordonnance du 10 février 2016 dispose désormais, *in limine*, que « *Le débiteur peut opposer au cessionnaire les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation des dettes connexes* ». Dès lors, comment expliquer la cassation de l'arrêt rendu par les juges du fond ? Parce que la difficulté

n'était pas relative au fond de l'affaire mais aux aspects procéduraux des litiges relatifs à la cession de créance. En effet, la question n'est pas tant de savoir si un débiteur-cédé peut opposer au cessionnaire les exceptions qu'il détient à l'encontre du cédant, mais de savoir si l'action en résolution peut être diligentée dans le cadre d'un litige l'opposant au cessionnaire. Et la réponse de la Haute juridiction est négative : le cessionnaire n'a pas la qualité à défendre – le pendant trop peu connu de la qualité à agir, prise du point de vue du défendeur – dans le cadre d'une action en résolution. Celle-ci doit être diligentée contre le contractant-cédant, et non contre le cessionnaire. Ce n'est qu'une fois la résolution prononcée que l'exception naît, et que le débiteur-cédé pourra l'opposer au cessionnaire. La solution de la Cour de cassation se comprend aisément du point de vue de la procédure civile ; d'autant qu'il ne faut pas voir dans cette décision, une protection indue du cessionnaire et une solution particulièrement défavorable au cédé, puisque celui-ci pourra toujours, dans le litige qui l'oppose au cessionnaire, appeler en garantie le cédant.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

CA Aix-en-Provence, 16 mai 2019, JurisData n° 2019-011139 : Responsabilité extracontractuelle de l'organisateur d'un rallye dans la survenance d'un dommage mortel causé à un spectateur.

Il est rare que dans ces colonnes, soient relayées et commentées des décisions rendues en appel, puisque l'on préfère connaître des solutions portées par la Cour de cassation. Pourtant, la présente décision rendue par les conseillers d'Aix a le mérite de parfaitement illustrer les délimitations entre les champs respectifs de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle. En l'espèce, alors qu'il

quitte le site d'un rallye automobile, un spectateur chute mortellement en contrebas de la route dans une buse d'évacuation des eaux. Deux questions se posent aux juges : d'un côté, se pose la question de la nature de la responsabilité ; de l'autre, se pose celle de la délimitation géographique de la responsabilité de l'organisateur. Sur le premier point, bien qu'ils se réfèrent à l'obligation de sécurité qui s'impose à l'organisateur de rallye, les conseillers d'Aix visent heureusement la responsabilité délictuelle de ce dernier ; en effet, la source de cette obligation de sécurité n'est pas conventionnelle (le spectateur d'un rallye contrairement au spectateur d'une course sur circuit par exemple, n'a pas contracté avec l'organisateur de ce rallye), mais réglementaire puisqu'elle est prévue par un arrêté préfectoral autorisant la tenue du rallye. Sur le second point, le dommage étant survenu à la périphérie de la zone définie par l'arrêté préfectoral, de sorte que l'organisation affirme que son obligation de sécurité a cessé lorsque le spectateur est sorti de la zone réglementairement déterminée. L'argument ne prospère pas devant les juges du fond, lesquels prennent le soin de souligner que cette obligation de sécurité ne saurait être indéfiniment étendue ; pourtant, les conseillers d'appel notent que le dommage est survenu à 20 mètres de la zone en cause, et dans un endroit dédié à son accès, de sorte que l'obligation de sécurité s'étendait naturellement à ce passage. En l'occurrence, il est reproché à l'organisateur un défaut de protection et de signalisation, de cet endroit particulièrement dangereux.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Observations du Syndicat de la Magistrature, sur la réforme du droit de la responsabilité civile devant la mission d'information de la Commission des lois du Sénat, le 25 juin 2019.

A titre liminaire, et à juste titre, le Syndicat rappelle que le projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017, à propos duquel elle formule ses observations, place la protection et l'indemnisation des victimes « au sommet de la hiérarchie des intérêts protégés ». Partant, c'est à l'aune de ce prisme mais aussi au regard du principe de sécurité juridique que le Syndicat commente le projet de réforme suivant le plan de celui-ci. Voici reproduites quelques observations jugées essentielles :

- Sur les dispositions liminaires et à propos du non-cumul des responsabilités à l'exception du dommage corporel. Bien que le syndicat remarque que le phrasé de l'article 1233 proposé pourrait être plus clair, la consécration du principe prétorien de non-cumul comme l'exception générale en cas de dommage corporel de l'article 1233-1 est globalement approuvée. Quant à l'exception de l'exception figurant à l'alinéa 2 du texte, sa pertinence est contestée du fait même de la rareté de dispositions contractuelles plus favorables ;
- Sur le bris de la jurisprudence *Bootshop* (Ass. plén. 6 octobre 2006) et le principe préposé par l'article 1234 selon lequel le tiers victime d'une inexécution contractuelle ne peut demander réparation sur le fondement extracontractuelle, le Syndicat est très critique puisque la proposition est plus défavorable aux victimes que la solution prétorienne abandonnée. Quant à l'exception portée pour les tiers ayant un intérêt légitime à la bonne exécution du contrat, l'incertitude sur cette notion et ses conséquences (l'invention d'un « tiers-créancier » ?) conduit à douter de l'opportunité comme de la logique de cette exception ;
- Sur les conditions de la responsabilité délictuelle en général, on s'associera au Syndicat pour relever que le texte manque d'ambition : le projet ne

renforce pas réellement la fonction préventive de la responsabilité ; la notion de responsabilité collective n'est pas clairement explicitée et le critère d'action « de concert ou exerçant une activité similaire » paraît extrêmement large au détriment d'une responsabilité qui doit demeurer par principe individuelle ;

- Sur la faute, sur le principe général du fait des choses, sur les troubles anormaux du voisinage, le Syndicat approuve largement la consécration de la jurisprudence, regrettant seulement quelques imprécisions syntaxiques et terminologiques ; il en est de même de la faculté donnée au juge de faire cesser le trouble illicite ;
- Sur la responsabilité du fait d'autrui, le Syndicat considère, d'une part, que l'exigence générale de preuve d'un fait de nature à engager la responsabilité de l'auteur direct du dommage est destinée à harmoniser les conditions des différentes responsabilités du fait d'autrui et donc bienvenue et, d'autre part, que l'abandon du principe général de responsabilité du fait d'autrui peut se comprendre mais ferme l'opportunité de nouvelles hypothèses de responsabilité du fait d'autrui non consacrées par la réforme ;
- Sur l'amende civile, le Syndicat rappelle que le mécanisme est opportun s'agissant de lutter contre les fautes lucratives ; cependant, est regrettée la confusion ainsi créée entre le droit civil et le droit pénal. De plus, le Syndicat alerte contre le risque de violation du principe non bis in idem (NDLR : dans certaines hypothèses, au croisement des champs pénal et civil) ;
- Enfin, et ce n'est pas la moindre des observations, est observée, à propos de la réparation du préjudice, que s'affrontent deux conceptions « radicalement opposées (...) que sont celles défendues d'une part par les

associations de victimes et d'autre part le lobby des assureurs ». Est tout de même approuvée la non-exhaustivité des postes de préjudices portés par une nomenclature, puisque cette non-limitation est favorable aux victimes qui pourront continuer à faire évoluer la jurisprudence sur la reconnaissance et l'indemnisation de leurs dommages.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 3^{ème}, 11 avril 2019, pourvoi n° 18-16.121 : Application dans le temps de l'article L. 145-16-2 du Code de commerce.

En 2012, une société, preneuse d'un bail commercial, cède ce bail au moyen d'un apport partiel d'actifs à une autre société, dès lors cessionnaire du bail. Quelques temps plus tard, les loyers n'ayant pas été payés, le bailleur assigne en paiement la société-cessionnaire et en garantie, la société-cédante. Pour résister à cette action, la société cédante invoque l'application de l'article L. 145-16-2 dans sa rédaction issue de loi du 18 juin 2014, dite loi « Pinel », aux termes duquel « *Si la cession du bail commercial s'accompagne d'une clause de garantie du cédant au bénéfice du bailleur, celui-ci ne peut l'invoquer que durant trois ans à compter de la cession dudit bail* ». Autrement dit, la société appelée en garantie prétend que la limitation temporelle implique que la garantie n'est plus invocable. Ce texte étant entré en vigueur postérieurement à la conclusion du bail et postérieurement de la cession, le contentieux se cristallise autour de la question de l'application dans le temps de l'article L. 145-16-2 du Code de commerce. Les juges du fond considère qu'il n'y pas lieu à l'application du texte à un contrat conclu antérieurement. La société garante se pourvoit en cassation, arguant que le texte est d'ordre public et qu'il porte un effet légal du contrat de bail, le rendant

applicable à la cause. Bien qu'intéressant, l'argument ne prospère pas ; la Cour de cassation rejette le pourvoi considérant, d'une part, que la disposition en cause « *revêt un caractère d'ordre public* », mais « *répond pas à un motif impérieux d'intérêt général justifiant son application immédiate* » et, d'autre part, que « *la garantie solidaire, dont ce texte limite la durée à trois ans, ne constitue pas un effet légal du contrat mais demeure régie par la volonté des parties* ».

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 7 mai 2019, pourvoi n° 17-18.785 : Fraude au droit du minoritaire et annulation d'un coup d'accordéon.

En l'espèce, l'assemblée générale d'une SAS décide de procéder à un coup d'accordéon (réduction du capital à 0, puis ré-augmentation par une nouvelle émission de titres). Un associé minoritaire qui n'a pas participé à l'augmentation de capital et qui est donc « sorti » du capital et de la société. Il agit en annulation de la délibération portant sur le coup d'accordéon considérant que l'opération s'est réalisée en fraude de ses droits. Son action est accueillie favorablement par les juges du fond, lesquels relèvent trois indices déterminants de la fraude aux droits du minoritaire : d'abord, l'associé majoritaire justifie le coup d'accordéon à partir des pertes subis par la société au cours de l'exercice précédent, tout en sachant que le nouvel exercice allait conduire à la réalisation d'un bénéfice ; ensuite, le délai imposé au minoritaire pour souscrire à l'augmentation de capital était particulièrement court ; enfin, le coup d'accordéon a été opéré alors même que des discussions étaient en cours entre le majoritaire et le minoritaire, aux fins de rachat des actions de ce dernier par le premier. Ces éléments sont repris par la Haute juridiction pour constater que l'opération n'était pas justifiée par

l'intérêt social mais réalisée dans le but de conférer l'entier contrôle de la société au majoritaire. Autrement dit, même si la solution de la Cour de cassation n'est pas davantage explicite, l'on retrouve les critères de l'abus de majorité énoncé dans l'arrêt *Schumann-Picquart* de 1961. Partant, la délibération litigieuse doit être annulée.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 2^{ème}, 27 juin 2019, pourvoi n° 18-18453 : Extinction de l'objet social entraînant la dissolution de la société.

Le point de départ de la présente affaire est d'ordre procédural : une société qui a cédé son fonds de commerce peut-elle encore agir en justice ? La question ainsi posée n'a guère de sens et pourtant c'est à celle-ci que la haute juridiction a dû répondre. En l'espèce, une société qui a cédé son fonds de commerce assigne certains de ses partenaires et leurs assureurs en responsabilité. Les juges du fond n'accueillent pas son action, retenant qu'à la date de l'assignation, la société demanderesse n'avait plus d'existence légale dès lors qu'elle avait cédé son fonds de commerce. L'arrêt de la cour d'appel est logiquement censuré ; la Cour de cassation rappelle, sur le fondement de l'article 1844-7, 2° du Code civil, que « *la dissolution de plein droit d'une société par extinction de son objet social, de nature à entraîner, après sa liquidation, la perte de sa personnalité morale, ne pouvant résulter, en soi, ni de la cession d'un fonds de commerce ni de la cessation de son exploitation* ». L'important dans ce principe prétorien réside dans l'emploi de la formule « *en soi* ». Pour en saisir la portée, il est nécessaire de comparer la décision du 27 juin 2019 avec la jurisprudence classique de la Haute juridiction. Ainsi, la Cour de cassation a déjà décidé que, lorsque l'objet d'une société étant

exclusivement cantonné à l'exploitation d'un fonds de commerce alimentaire, l'exploitation d'une station-service ne pouvait se rattacher à cet objet. Partant, la cessation définitive de l'exploitation du fonds de commerce alimentaire a entraîné l'extinction de l'objet social de la société, impliquant la dissolution de plein droit de la société (Com. 30 mars 2016). Existe-t-il une contradiction entre ces positions ? Nullement, puisqu'il faut au contraire y voir une complémentarité ; tout dépend de la précision de l'objet social. En effet, tout dépend de la rédaction de l'objet social. Plus il est précis, plus la dissolution de plein droit pour extinction de l'objet social est rapidement établie du fait de la cession du fonds de commerce ou de la cessation de son exploitation. A l'opposé, un objet social large interdit d'envisager son extinction au sens de l'article 1844-7, 2° du Code civil.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés : Aspects de droit commercial.

On ne sera guère étonné de trouver dans la loi de simplification du droit des sociétés du 19 juillet 2019 des dispositions de droit commercial stricto sensu, tant il est devenu habituel de constater que les lois en droit des affaires sont le plus souvent des lois « *fourre-tout* ». Tel est donc le cas de la présente loi du 19 juillet 2019, dite loi « *Soihili* », laquelle porte quelques dispositions destinées à simplifier le régime de la vente et de la location-gérance du fonds de commerce. Concernant la cession du fonds de commerce, c'est tout simplement l'article L. 141-1 du Code de commerce qui se trouve abrogé par la loi nouvelle. Pour rappel, ce texte longtemps considéré emblématique comportait la liste des mentions obligatoires, conditions de forme de

l'acte de cession, quelque soit sa forme, à défaut desquelles la cession était nulle. La loi abroge ce texte « soi-disant » porteur d'un formalisme excessif, alors même que ce formalisme a été mis en place dans le but de protéger le cessionnaire du fonds de commerce. Pour information, cet abandon regrettable de ce formalisme concerne les cessions de fonds de commerce conclues à compter de l'entrée en vigueur de la loi « Soihili », soit le 21 juillet 2019. Concernant la location-gérance du fonds de commerce, la loi du 19 juillet dernier abroge une autre disposition emblématique : l'article L. 144-3 du Code de commerce. Ce texte imposait une obligation de principe d'exploitation du fonds de commerce pendant au moins deux ans pour pouvoir le mettre en location-gérance. Bien qu'au préjudice du locataire-gérant qui trouvait dans cette obligation d'exploitation pendant deux ans une sorte de garantie de rentabilité de l'exploitation, une telle abrogation se justifie par les exigences de la pratique et la nécessaire souplesse commandée par l'opération de location-gérance. Partant, l'abrogation de l'article L. 144-3 s'accompagne logiquement de celle des articles L. 144-4 à L. 144-5 du Code de commerce, qui listait les exceptions à l'obligation d'exploitation de deux ans.

Droit social

Stéphane VERNAC

Professeur de droit privé à l'Université de Saint-Etienne

Prise d'acte : *exit* le droit civil, une mise en demeure n'est pas nécessaire ! Cass. soc. , avis n° 15003 du 3 avril 2019.

L'articulation entre droit commun des contrats et droit du travail revient régulièrement à l'affiche. La prise d'acte par le salarié de la rupture de son contrat de travail offre une nouvelle illustration. Il n'existe pas de formalisme particulier à la prise d'acte. Or, l'article 1224 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février

2016, prévoit que la résolution du contrat résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice. De plus, en vertu de l'article 1226 du code civil, le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution. L'article 1226 du code civil est-il applicable au salarié qui prend acte de la rupture de son contrat de travail ? Ce dernier doit-il, préalablement à sa prise d'acte, mettre en demeure son employeur d'exécuter ses obligations ? Déjà, en 2018, la Cour de cassation avait considéré que le salarié qui prend acte n'a pas à mettre préalablement son employeur en demeure de respecter son contrat de travail. Mais cet arrêt a été rendu sur des faits antérieurs à l'ordonnance (Cass. soc. 16 mai 2018, n°17-10510). Saisie pour avis, la Cour de cassation confirme cette solution en 2019, et estime que l'article 1226 du code civil n'est pas applicable au salarié qui prend acte de la rupture de son contrat de travail. Autrement dit, le salarié qui prend acte de la rupture de son contrat de travail n'a pas à justifier d'une mise en demeure préalable adressée à son employeur.

Droit social

Stéphane VERNAC

Professeur de droit privé à l'Université de Saint-Etienne

La mise à l'écart de la présomption de justification des différences de traitement de source conventionnelle : un revirement qui ne dit pas son nom ? (Cass. soc. 3 avril 2019, n° 17-11970).

On se souviendra qu'en 2015, la Cour de cassation a posé une présomption de justification des différences de traitement entre catégories professionnelles distinctes résultant d'accords collectifs. Elle a jugé que les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs de travail sont dorénavant présumées justifiées. Dès lors, il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle (Cass. soc., 27 janvier 2015, n° 13-22179). Voilà qui déroge à la règle traditionnelle de preuve, en matière d'égalité de traitement et de discrimination, suivant laquelle le salarié apporte des éléments laissant supposer l'existence d'une différence de traitement, et il incombe à l'employeur de prouver que cette différence est justifiée par des éléments objectifs pertinents. Dès lors, poursuivant la voie entreprise en 2015, la chambre sociale de la Cour de cassation a étendu la présomption de justification aux différences de traitement entre salariés exerçant, au sein d'une même catégorie professionnelle, des fonctions distinctes, opérées par voie de convention ou d'accord collectif (Cass. soc., 8 juin 2016, n° 15-11324), aux différences de traitement entre salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accord d'établissement (Cass. soc., 3 novembre 2016, n° 15-18444), aux différences de traitement entre salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accord d'entreprise (Cass. soc., 4 octobre 2017, n° 16-17517), ou encore aux différences de traitement entre salariés appartenant à la même entreprise de nettoyage mais affectés à des sites ou des établissements distincts, opérées par voie d'accord collectif (Cass. soc., 30 mai 2018, n° 17-12925). Mais raisonnant comme un coup de tonnerre dans une jurisprudence qui semblait acquise, un arrêt rendu le 3 avril 2019 rompt avec cette logique. Est-ce la marque d'un changement de cap, souhaité par le nouveau président de la Cour de cassation ? La Chambre sociale de la Cour de cassation juge désormais, dans cet arrêt rédigé en style direct, que la reconnaissance d'une présomption générale de justification de toutes différences de traitement entre les salariés opérées par voie de

conventions ou d'accords collectifs « *serait, dans les domaines où est mis en œuvre le droit de l'Union, contraire à celui-ci en ce qu'elle ferait reposer sur le seul salarié la charge de la preuve de l'atteinte au principe d'égalité et en ce qu'un accord collectif n'est pas en soi de nature à justifier une différence de traitement. D'autre part, dans ces domaines, une telle présomption se trouverait privée d'effet dans la mesure où les règles de preuve propres au droit de l'Union viendraient à s'appliquer. Partant, la généralisation d'une présomption de justification de toutes différences de traitement ne peut qu'être écartée* ». En effet, selon une jurisprudence ancienne et constante de la Cour de justice de l'Union européenne, un accord collectif n'est pas en soi de nature à justifier une différence de traitement (CJUE 8 avril 1976, Defrenne, C-43/75.; CJUE 17 avril 2018, Egenberger, C-414/16). De surcroît les régimes d'égalité de traitement et celui de la non-discrimination, pour lequel la charge de la preuve est aménagée en faveur du salarié, sont fortement imbriqués au sein des directives européennes.

Afin de connaître la portée de cette solution, il convient de déterminer ce qu'il faut entendre par « *domaines où est mis en œuvre le droit de l'Union* », ce qui n'est pas chose aisée ! En l'espèce, rien ne laissait penser à une telle solution. Un accord collectif opérait en effet une différence de traitement entre des salariés en raison uniquement de la date de présence sur un site désigné. Les juges du fond ont considéré que les salariés étaient placés dans une situation exactement identique au regard des avantages de cet accord dont l'objet était de prendre en compte les impacts professionnels, économiques et familiaux de la mobilité géographique impliqués par le transfert des services à Caen et d'accompagner les salariés pour préserver leurs conditions d'emploi et de vie familiale. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel qui a, « *s'agissant d'une différence de traitement fondée sur la date de présence sur le site et non sur l'appartenance à une catégorie professionnelle ou sur une différence de fonctions au sein d'une telle catégorie, écarté l'existence d'une présomption de justification de la différence de traitement considérée* ». Autrement dit, si l'on peut considérer que la

jurisprudence antérieure est maintenue s'agissant des différences de traitement conventionnelles fondées sur l'appartenance à une catégorie professionnelle ou sur une différence de fonctions au sein d'une telle catégorie, il peut être pensé que toute extension de la présomption hors de ces domaines serait considérée comme contraire au droit de l'Union européenne.

Droit social

Stéphane VERNAC

Professeur de droit privé à l'Université de Saint-Etienne

La Cour de cassation a-t-elle vraiment validé le barème des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse ? A propos des avis n° 15012 et 15013 rendus le 17 juillet 2019 (Cour de cassation, Formation plénière).

Les deux avis rendus par la formation plénière de la Cour de cassation sur la conformité au droit international du barème de l'article L. 1235-3 du Code du travail étaient très attendus. Rappelons que selon l'article L441-1 alinéa 1^{er} du Code de l'organisation judiciaire (COJ), « *avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation* ». La demande posant ici une question de principe, elle fut donc portée devant la formation plénière pour avis selon l'article L441-2 du COJ. L'article L. 1235-3 du code du travail, issu de l'ordonnance du 22 septembre 2017, prévoit un barème applicable à la fixation par le juge de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, celle-ci devant être comprise entre des montants minimaux et maximaux. Les montants maximaux varient, selon l'ancienneté du salarié, entre un et vingt mois de salaire brut. Le Conseil constitutionnel a déjà déclaré cette disposition conforme à la

Constitution (Cons. Const., n° 2018-761 DC du 21 mars 2018). La Cour de cassation fut ainsi saisie pour avis par deux conseils de prud'hommes (Toulouse et Louviers) sur la compatibilité du barème à l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée et à l'article 10 de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail, et à l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Si la presse non spécialisée – comme les partisans de cette réforme – annoncent que la Cour de cassation a « validé les barèmes », rien n'est moins certain. Un examen minutieux des quatre apports de ces avis commande la prudence.

Le premier apport concerne la procédure, bien plus que le fond. Traditionnellement, la Cour de cassation considérait que ne relevait pas de la procédure d'avis la question de la compatibilité d'une disposition de droit interne avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Avis de la Cour de cassation, 16 décembre 2002, n° 00-20.008, Bull. 2002, Avis, n° 6) ou avec d'autres normes internationales, et notamment avec la convention n°158 de l'OIT (Avis de la Cour de cassation, 12 juillet 2017, n° 17-70.009, Bull. 2017, Avis, n° 9). La Cour de cassation admet désormais, dans ses avis 15012 et 15013, que la compatibilité d'une disposition de droit interne avec les dispositions de normes européennes et internationales peut faire l'objet d'une demande d'avis dès lors, « *que son examen implique un contrôle abstrait ne nécessitant pas l'analyse d'éléments de fait relevant de l'office du juge du fond* ».

Deuxième apport, dans l'avis n°15012, la Cour de cassation se prononce sur la conventionalité de l'article L1235-3 au regard de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle affirme qu'« *il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'il convient de distinguer entre ce qui est d'ordre*

procédural et ce qui est d'ordre matériel, cette distinction déterminant l'applicabilité et, le cas échéant, la portée des garanties de l'article 6 de la Convention, lequel, en principe, ne peut s'appliquer aux limitations matérielles d'un droit consacré par la législation interne (CEDH, 29 novembre 2016, Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie, n° 76943/11) ». Autrement dit, l'article L. 1235-3 n'établirait aucun obstacle procédural entravant l'accès à la justice, mais une limitation matérielle qui ne relève pas du domaine de l'article 6, § 1.

Un troisième apport concerne la compatibilité de l'article L. 1235-3 du code du travail avec l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée. Selon la partie II de ce dernier texte : « *Les Parties s'engagent à se considérer comme liées, ainsi que prévu à la partie III, par les obligations résultant des articles et des paragraphes ci-après. [...] Article 24 – Droit à la protection en cas de licenciement - En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties s'engagent à reconnaître : a) le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ; b) le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée . A cette fin les Parties s'engagent à assurer qu'un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement sans motif valable ait un droit de recours contre cette mesure devant un organe impartial ».* La Cour de cassation affirme dans ses deux avis que : « *Eu égard à l'importance de la marge d'appréciation laissée aux parties contractantes par les termes précités de la Charte sociale européenne révisée, rapprochés de ceux des parties I et III du même texte, les dispositions de l'article 24 de ladite Charte ne sont pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers ».* Or, par un arrêt *Fischer* rendu le 10 février 2014 (req. 358992), le

Conseil d'État avait reconnu pour la première fois, l'effet direct de l'article 24 garantissant le droit à la protection en cas de licenciement. La Cour de cassation introduit quant à elle, la distinction connue en droit européen, au sujet des directives, entre effet direct horizontal et vertical. Autrement dit, l'article 24 s'adresserait aux Parties, c'est à dire aux Etats, et ne pourrait donc pas être invoqué dans un litige horizontal entre particulier. Pourtant, on aurait pu penser que les droits fondamentaux étaient indifférents à cette distinction entre effet direct horizontal et vertical, bien que les modalités de leur mise en œuvre soient confiées aux Etats. La porte est ouverte à des droits fondamentaux non universels, dont l'invocabilité serait variable...

Enfin, la Cour de cassation examine la compatibilité de l'article L. 1235-3 du code du travail avec l'article 10 de la Convention OIT n°158 selon lequel : « *Si les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention arrivent à la conclusion que le licenciement est injustifié, et si, compte tenu de la législation et de la pratique nationales, ils n'ont pas le pouvoir ou n'estiment pas possible dans les circonstances d'annuler le licenciement et/ou d'ordonner ou de proposer la réintégration du travailleur, ils devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée ».* La Cour estime que le terme "adéquat" prévu par l'article 10 « doit être compris comme réservant aux Etats parties une marge d'appréciation ». Pourtant, non sans contradiction avec le raisonnement suivi au sujet de l'article 24, la Cour de cassation déduit de la rédaction de l'article 10 qu'il est d'application directe en droit interne. L'examen opéré de la compatibilité à ce texte de l'article L. 1235-3 ne laisse pas d'interroger.

D'une part, dans l'avis n°15013, la Cour de cassation précise dans les motifs de sa décision (mais curieusement pas dans le dispositif !), que « *les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du*

travail, qui fixent un barème applicable à la détermination par le juge du montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, sont compatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT ». Une lecture attentive de cette affirmation permet de constater que la Cour se prononce sur « les dispositions » de l'article L. 1235-3 en tant qu'elles « fixent un barème ». La Cour ne se prononce pas ici sur le contenu même du barème, c'est à dire sur le caractère approprié ou non des réparations prévues mais elle considère seulement que la technique même du barème est compatible à la convention OIT.

D'autre part, dans l'avis n°15012, la Cour affirme que « les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail, qui prévoient notamment, pour un salarié ayant une année complète d'ancienneté dans une entreprise employant au moins onze salariés, une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse comprise entre un montant minimal d'un mois de salaire brut et un montant maximal de deux mois de salaire brut, sont compatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT ». La Cour se prononce donc sur une hypothèse, celle soumise par le Conseil de prud'hommes de Louviers, d'un salarié ayant une année complète d'ancienneté dans une entreprise d'au moins onze salariés. La Cour de cassation ne valide donc pas l'intégralité du barème : sa réponse se limite aux questions posées par les conseils de prud'hommes. Par exemple, peut-on considérer qu'une indemnité de 20 mois maximum pour un salarié ayant plus de 30 ans d'ancienneté et dont le licenciement est injustifié est une réparation « adéquate » ou « appropriée » du préjudice subi ? En outre, la réparation du préjudice peut-elle être seulement référée à un nombre de mois de salaires ? On pourrait considérer qu'un salarié ayant un faible salaire n'a pas nécessairement subi un plus faible préjudice qu'un salarié ayant un salaire plus important mais une plus faible ancienneté...

Et demain ? Ces décisions ne sont « que » des avis qui ne lient pas les juridictions qui ont formulé la demande, selon l'article L441-3 du COJ. Ce que certains appellent la « fronde » des conseils de prud'hommes ne paraît pas avoir été interrompue par ces deux avis. Le 22 juillet 2019, le Conseil de prud'hommes de Grenoble a jugé que la grille posée par l'article L. 1235-3 du code du travail ne permettait pas, en l'espèce, une réparation adéquate du préjudice de la salariée (*Cons. prud'h. Grenoble, 22 juill. 2019, n° 18/00267*). Ainsi, une appréciation *in concreto* permettrait d'apprécier la compatibilité du barème à l'article 10 de la convention OIT n°158. D'autres fondements pourraient être invoqués par ailleurs, notamment la violation du principe d'égalité de traitement garanti par les articles 20 et 21 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne. Notons que le Bureau International du travail et le Comité européen des droits sociaux doivent également se prononcer prochainement à ce sujet. En France, les Cours d'appel de Paris et de Reims doivent également se prononcer avant la fin de l'année. Affaire à suivre donc !

Droit social

Stéphane VERNAC

Professeur de droit privé à l'Université de Saint-Etienne

Groupe Superbus : super préjudice, supers indemnités ! (Cass. soc. 3 juillet 2019, n°18-12306)

Les membres du groupe Superbus, ont conclu un contrat d'exclusivité le 17 novembre 2011 avec la société Universal Music France (la société) pour l'enregistrement en studio de phonogrammes permettant la réalisation de trois albums fermes dont seul le premier a été réalisé. Ils ont également conclu un contrat de travail à durée déterminée. Mais le 11 mai 2015, la société leur a notifié la résiliation anticipée de

leur contrat de travail, empêchant ainsi l'enregistrement d'albums. Il s'agissait donc d'une rupture anticipée illicite de CDD. Or, en la matière, selon l'article L1243-4 alinéa 1^{er} du Code du travail, « *la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée qui intervient à l'initiative de l'employeur, en dehors des cas de faute grave, de force majeure ou d'inaptitude constatée par le médecin du travail, ouvre droit pour le salarié à des dommages et intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat, sans préjudice de l'indemnité de fin de contrat prévue à l'article L. 1243-8* ». Mais ce montant n'est qu'un minimum. Comment alors évaluer le préjudice subi par ces salariés ? Ces derniers demandent la condamnation de la société Universal à réparer la perte d'une chance. La Cour d'appel fait droit à leur demande, et alloue à chaque salarié une somme en réparation de son préjudice économique, constitué de la perte de chance de percevoir des redevances sur les albums LP6 et LP7, calculé sur la base des ventes de l'album LP5. L'employeur fait valoir, dans les moyens de son pourvoi, qu'en matière de responsabilité contractuelle, les dommages et intérêts ne doivent comprendre que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention et que, s'agissant de la rupture anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée, le préjudice indemnisable ne peut comprendre que ce qui aurait été dû par le cocontractant fautif si le contrat avait été exécuté. La Cour d'appel aurait, selon le pourvoi, alloué à chacun des salariés une indemnité excédant son préjudice, a violé l'article 1231-1 du code civil (ancien article 1147 du même code), l'article L. 1243-4 du code du travail et le principe de réparation intégrale. La Cour de cassation rejette le pourvoi. Si elle précise que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la Cour d'appel a, sans procéder à une évaluation forfaitaire, fixé le montant du préjudice soumis à réparation, la Cour de cassation contrôle cependant les critères

retenus par les juges du fond pour l'appréciation du préjudice. Elle approuve ainsi les juges du fond d'avoir relevé que la rupture illicite des contrats à durée déterminée avait empêché la réalisation de deux des albums faisant l'objet des contrats, et que les salariés justifiaient d'un préjudice direct et certain résultant de la perte d'une chance de percevoir les gains liés à la vente et à l'exploitation de ces œuvres, préjudice qui constitue une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention.

Droit social

Stéphane VERNAC

Professeur de droit privé à l'Université de Saint-Etienne

Rupture conventionnelle homologuée : attention au consentement (Cass. soc. 5 juin 2019 n°18-10901 FS-P+B ; Cass. soc. 3 juillet 2019, n°18-14414, FS-P+B ; Cass. soc., 3 juillet 2019, n° 17-14.232 FS-P+B)

Instituée par la loi du 25 juin 2008, la rupture conventionnelle homologuée connaît un extraordinaire succès. Selon les chiffres du ministère du Travail (Dares) publiés en février 2019, 437.700 ruptures conventionnelles individuelles ont été homologuées par l'administration en 2018, soit une hausse de 3,7% par rapport à 2017. Plus de 3,3 millions de ruptures conventionnelles ont été validées depuis son entrée en vigueur. Tout le dispositif repose cependant sur la liberté du consentement des parties. Selon l'article L. 1237-11 du Code du travail, « la rupture conventionnelle, exclusive du licenciement ou de la démission, ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties. Elle résulte d'une convention signée par les parties au contrat. Elle est soumise aux dispositions de la présente section destinées à garantir la liberté du consentement des parties ». La Cour de cassation a également apporté plusieurs

précisions de nature à garantir la liberté du consentement des parties. Trois arrêts témoignent de cette attention particulière des hauts magistrats au consentement des parties.

En particulier, la convention de rupture est signée à l'issue d'un ou de plusieurs entretiens préalables selon l'article L1237-12 du Code du travail. Le Code du travail prévoit les modalités de l'assistance. Pour ce qui est du salarié, ce sont les mêmes modalités qu'en matière de licenciement. Il peut se faire assister soit par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, qu'il s'agisse d'un salarié titulaire d'un mandat syndical ou d'un salarié membre d'une institution représentative du personnel ou tout autre salarié, soit, en l'absence d'institution représentative du personnel dans l'entreprise, par un conseiller du salarié choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative. L'article L1237-12 précise également les personnes susceptibles d'assister l'employeur : une personne de son choix appartenant à l'entreprise ou si l'entreprise a moins de 50 salariés, une personne appartenant à une organisation syndicale patronale, ou par un employeur relevant de sa branche. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt rendu le 5 juin 2019 (**Cass. soc. 5 juin 2019 n°18-10901 FS-P+B**), un salarié demandait la nullité de la convention de rupture au motif que le formalisme protecteur des articles L. 1237-11 et 1237-12 du code du travail commande de tenir pour irrégulière une convention de rupture signée par l'employeur assisté de son conseil tandis que le salarié a signé seul, sans avoir été préalablement informé de son droit à être assisté ni de la circonstance que son employeur serait lui-même assisté lors de la signature de la convention. La Cour de cassation rejette cependant l'argument formel et approuve la cour d'appel d'avoir décidé que l'assistance de l'employeur lors de l'entretien préalable à la signature de la convention de rupture ne peut entraîner la nullité de la rupture

conventionnelle que si elle a engendré une contrainte ou une pression pour le salarié qui se présente seul à l'entretien. Une telle contrainte ou pression pourraient ainsi être de nature à vicier le consentement du salarié. Mais le seul fait que l'employeur soit assisté alors que le salarié ne l'est pas n'est pas de nature à entraîner la nullité de la convention de rupture. Le fait que le salarié ne soit pas informé par l'employeur est inopérant. D'ailleurs, ses entretiens ne se déroulent pas, contrairement à l'entretien préalable au licenciement, dans le cadre d'une « convocation » envoyée par l'employeur au salarié.

Par ailleurs, l'article L1227-13 du Code du travail prévoit que la rupture conventionnelle est formalisée par la rédaction d'une convention de rupture par les deux parties. La Cour de cassation a précisé en 2013 que la rupture conventionnelle doit être établie en double exemplaire : à défaut de remise en double exemplaire, la convention est nulle et entraîne la requalification de la rupture conventionnelle en licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 6 février 2013). La remise de l'exemplaire au salarié permet à ce dernier d'exercer son droit de rétractation en connaissance de cause et d'être pleinement informé du contenu de son engagement. Dans une récente affaire, une Cour d'appel avait débouté un salarié de sa demande de nullité de la rupture conventionnelle au motif que la convention de rupture rédigée sur le formulaire Cerfa mentionne qu'elle a été établie en deux exemplaires, et que quand bien même il n'est pas indiqué que chacun des exemplaires a été effectivement remis à chaque partie, il doit être présumé que tel a bien été le cas. La Cour de cassation censure l'arrêt au motif que le juge aurait dû constater qu'un exemplaire de la convention de rupture avait été remis au salarié (**Cass. soc. 3 juillet 2019, n°18-14414, FS-P+B**). L'employeur doit donc démontrer la remise effective de l'exemplaire au salarié (lettre

recommandée avec avis de réception ou convention remise contre décharge). La seule mention du formulaire Cerfa ne suffit pas.

Une autre précision a été apportée le même jour par la Cour de cassation. Dans cette affaire, l'employeur avait bien remis au salarié un exemplaire de la convention de rupture... mais un exemplaire ne comportant pas la signature de l'employeur ! Une Cour d'appel avait alors jugé que la rupture était malgré tout valable, le salarié pouvant exercer son droit de rétractation, dans un délai de quinze jours impartis, à compter de sa propre signature de ce document qui rappelle expressément l'existence de cette faculté. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel au motif que « *seule la remise au salarié d'un exemplaire de la convention signé des deux parties lui permet de demander l'homologation de la convention et d'exercer son droit de rétractation en toute connaissance de cause* » (**Cass. soc., 3 juillet 2019, n° 17-14.232 FS-P+B**). Ce que certains considéreront comme un simple formalisme est analysé par les hauts magistrats comme une garantie de fond, permettant au salarié d'exercer son droit de se rétracter comme son droit, une fois le délai de rétractation épuisé, de demander à l'administration l'homologation de la convention.

Les vidéos et podcasts

Dans cette rubrique, chaque mois vous retrouverez une sélection des vidéos et des podcasts réalisés par l'équipe du CRISP.

Vous pouvez les retrouver sur SoundCloud et iTunes en vous abonnant à « Les Podcasts de l'ISP ». Le descriptif des podcasts et les liens ci-dessous.

L'affaire Vincent Lambert, une saga devant les juges administratif, civil, pénal et européen

En 2008, Vincent Lambert a été victime d'un accident de la circulation, qui l'a laissé dans un état végétatif. A la suite d'une saga judiciaire et médiatique, de plus de 10 ans, il décède au CHU de Reims, le 11 juillet 2019, dans le cadre de la procédure d'accompagnement de fin de vie, prévue par la loi.

Dans cette affaire, se mêlent et se confondent les considérations philosophiques, sociologiques, religieuses et juridiques. Dans ce podcast, nous nous proposons de revenir sur ces seules dernières, en relatant l'entière saga judiciaire.

Avec Franck Touret, Professeur de droit civil au sein de l'ISP

<https://soundcloud.com/prepaisp/laffaire-vincent-lambert-une-saga-devant-les-juges-administratif-civil-penal-et-europeen>

Le Juge financier

Le juge financier, entendu au sens de la Cour des comptes, des Chambres régionales des comptes et de la Cour de discipline budgétaire et financière, est un juge administratif spécialisé.

En tant que tel, il dispose d'une compétence d'attribution. Il lui revient ainsi d'assurer le respect des règles budgétaires et de la comptabilité publique.

Alors qui est ce juge méconnu de tous, y compris de la plupart des juristes.

Avec Nicolas Péhau, professeur de culture générale à l'ISP

<https://soundcloud.com/prepaisp/le-juge-financier>



CRISP

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation

