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

N° 45 – 2019

Sommaire

| | |
|----------------------------|-------|
| L'édito | p. 3 |
| L'article du mois | p. 5 |
| L'actualité | p. 10 |
| Les vidéos et les podcasts | p. 20 |



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 fondamentalisation et le contrôle de proportionnalité en droit civil

Par Franck Touret



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

« Le treizième travail d'Hercule : trouver un emploi », Roland Topor, génial humoriste !

La rentrée scolaire est une période des plus particulières pour ceux qui ont fini leurs études. Un étudiant aborde l'année universitaire en septembre avec le plaisir de retrouver cours, amis et sources d'enrichissement intellectuel. Bien évidemment, la pression des résultats commence à se faire sentir mais elle n'est guère aussi intense que lors de la période des examens.

Il en va autrement pour ceux qui ont fini leurs études. Certains sont à la recherche d'un emploi, d'autres s'attèlent à la préparation de leurs examens. Je pense tout particulièrement à ceux qui passent des oraux à cette époque de l'année ; ceux qui ont passé les épreuves d'admissibilité et qui doivent désormais gravir la dernière marche : l'admission.

Naturellement, certaines épreuves orales sont des épreuves techniques, naturellement orientées vers la récitation. Le bon candidat sera celui qui en amont se sera livré à un apprentissage sérieux, approfondi et surtout calibré au regard des annales du concours ou de l'examen passé. A ces épreuves strictement techniques, s'ajoute le plus souvent un oral de langue. Depuis une dizaine d'années, une épreuve d'anglais s'impose dans la plupart des concours. Dans les prochaines années, l'épreuve d'anglais sera obligatoire dans tous les concours et examens de fin d'études juridiques. Or, force est de constater que la Faculté ne prépare que très rarement aux épreuves orales de langue. Elles nécessitent le courage du monologue et l'aisance du dialogue avec l'examineur. Il faut être capable de briller par son esprit, par sa réflexion et par sa capacité à réagir dans une autre langue.

Enfin, et surtout, la plupart des concours et examens de fins d'études, comme le CRFPA, l'ENM, l'ENM complémentaire, les concours des greffes, les concours de la police, etc., se terminent par une épreuve de grand oral. Certaines ont un objet précis, comme les libertés fondamentales et la culture judiciaire dans le cadre du CRFPA, la culture générale pour l'ENM ; d'autres n'ont pour objet qu'un entretien individuel avec le jury, comme pour les greffes. Mais en toutes hypothèses, l'épreuve s'analyse en un entretien d'embauche ! Bien évidemment, le jury recherchera celui qui a des connaissances de base, essentielles pour la réussite de l'épreuve notamment lorsqu'elle a un objet défini, mais ce n'est pas l'essentiel. Le jury est chargé d'un recrutement ; il est donc davantage en quête d'un futur professionnel que d'un excellent étudiant ; il est donc davantage à la recherche d'une tête bien faite plutôt que d'une tête pleine. Le succès à une telle épreuve est donc conditionné par un positionnement habile et professionnel. Il s'agit moins de montrer ce que l'on sait, ce que l'on a appris, que de montrer de quoi on est capable, montrer notre capacité à endosser le rôle, la fonction, la robe, le costume ou encore l'uniforme.

Il est difficile de faire valoir ses compétences, se vendre ; il est difficile de séduire par ses compétences et pourtant c'est ce qui est exigé de candidats qui là aussi ont besoin d'être coachés. Il faut s'entraîner, se régler sur la forme (la posture, la tenue, le ton, la gestion physique du stress) et sur le fond (mettre en avant ses compétences, ses qualités, son expérience et rassurer le jury quant à sa capacité à devenir un professionnel efficace et opérationnel). Alors entraînez-vous et un conseil si vous ne pouvez réaliser des simulations devant un jury expérimenté, n'hésitez pas à vous tester seul, en vous enregistrant. Vous pourrez au moins définir un cadrage sur la forme et vous pourrez préparer vos réponses aux questions les plus évidentes : quelles sont vos qualités ? quels sont vos défauts ? quel est votre

parcours ? Justifiez votre candidature par votre motivation, etc. De la même manière qu'il est toujours conseillé de bien connaître le métier pour lequel on candidate, l'institution ou le corps, dans lequel on veut entrer, ainsi que la profession que l'on veut exercer, son organisation et sa réglementation. Il est, en effet, raisonnable de penser qu'un jury sera effectivement attentif au sérieux de votre choix de carrière lorsqu'il est chargé de votre recrutement.

En bref, l'une des clefs du succès dans le cadre des « grands O », c'est de quitter l'enveloppe, la chrysalide estudiantine, pour adopter la posture du futur professionnel et prendre son envol.

Bon courage à tous.

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

L'article du mois

La fondamentalisation et le contrôle de proportionnalité en droit civil

Droit civil

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

« *Un juge n'est pas Dieu, son devoir est d'adapter les faits aux principes, de juger des espèces, variées à l'infini, en se servant d'une mesure déterminée* » (Honoré de Balzac, *l'Interdiction*, 1836). Le juge, au cœur de la mise en œuvre de la règle de droit, a dû l'adapter aux évolutions de la société en adaptant les outils d'interprétation de la règle de droit. Ainsi, de manière contemporaine les tribunaux ont de plus en plus recours à la fondamentalisation et à l'introduction du contrôle de proportionnalité.

Depuis une trentaine d'années, le droit fait l'objet d'un double phénomène : la subjectivisation et la fondamentalisation. D'abord, le premier renvoie, selon l'expression de Jean Carbonnier, à la « *pulvérisation du droit en droits subjectifs* ». En effet, les droits subjectifs, visant les droits dont sont investis les individus en vue de la satisfaction de leurs intérêts, se sont multipliés ces dernières années. Ensuite, le second vise la construction de liens entre les textes constitutionnels et conventionnels et les droits subjectifs ainsi que les valeurs qui sont censées fonder le système juridique. Concrètement, le mouvement de fondamentalisation de la plupart des prérogatives et des intérêts des individus trouve une assise et une protection au sein des droits de l'Homme. De cette fondamentalisation découle un autre principe, qui est le principe de proportionnalité. Il s'agit, initialement, d'un principe d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'Homme selon lequel les atteintes portées par la puissance publique aux droits

fondamentaux protégés par la Convention européenne des droits de l'Homme doivent être proportionnées au but poursuivi, un juste équilibre devant être recherché entre l'intérêt public et l'intérêt privé. En droit interne, la Cour de cassation, lorsqu'elle exerce le contrôle de proportionnalité, est amenée à statuer sur la compatibilité ou l'incompatibilité de l'application d'un texte interne avec le respect dû à un droit garanti par la Convention européenne. Ce dernier consiste soit à s'attacher à l'objectif recherché par celui qui a porté atteinte au droit fondamental de son adversaire, soit à déterminer si l'atteinte à ce droit n'est pas démesurée.

Le mouvement de fondamentalisation du droit civil accorde, par nécessité, un rôle plus actif au juge qu'il s'agisse du juge ordinaire, se chargeant d'opérer le contrôle de conventionnalité et de communautarité des lois, ou des juges tels que le Conseil constitutionnel, la Cour européenne des droits de l'Homme ou la Cour de justice de l'Union européenne. La fondamentalisation et le contrôle de proportionnalité nécessitent une prise en considération des faits de l'espèce, ce qui est peu compatible avec une conception traditionnelle du juge de cassation. En effet, son rôle premier est de contrôler l'exacte application du droit par les tribunaux et les cours d'appel, garantissant ainsi une interprétation uniforme de la loi. Toutefois, il est aussi permis de considérer que le contrôle de proportionnalité, s'inscrivant dans le cadre de la fondamentalisation du droit, demeure un contrôle de droit et relève donc des pouvoirs de la Cour de cassation.

Aussi convient-il d'envisager d'une part la fondamentalisation avérée en droit civil (I) et la mesure de cette fondamentalisation en droit civil (II).

I/ La fondamentalisation avérée du droit civil

Le droit civil fait incontestablement l'objet d'une fondamentalisation, qui a été initiée d'abord en droit des contrats (A), puis étendu très largement à toutes les branches du droit civil (B).

A/ Le droit des contrats précurseur de la fondamentalisation

La notion de droits fondamentaux est aujourd'hui en plein essor et trouve un terrain d'élection en droit civil. En effet, elle s'est développée à la faveur du contrôle de constitutionnalité et du contrôle de conventionnalité, suivant un mouvement de fondamentalisation. Aussi, l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme ne relève plus exclusivement de la Cour européenne des droits de l'Homme. Les juges internes ont d'abord reconnu la primauté des conventions et des traités internationaux sur le droit interne (Ch. mixte, 24 mai 1975, Jacques Vabre). Puis, ils ont reconnu l'applicabilité directe de la Convention européenne des droits de l'Homme en droit interne (Crim. 3 juin 1975). En conséquence, les juridictions internes peuvent exercer un contrôle de conventionnalité des lois françaises en prenant pour assise les dispositions de la Convention. En conséquence, les droits fondamentaux sont protégés aussi bien par la Cour européenne des droits de l'Homme, qui peut condamner la France ; que par le juge interne pour mettre à l'écart des lois internes considérées contraires à la Convention européenne des droits de l'Homme.

Le droit des contrats connaît une fondamentalisation et la Convention européenne des droits de l'homme est très souvent invoquée à l'appui de requêtes visant à faire reconnaître une violation par certains contrats de la convention. Ainsi, par une décision inaugurale, la Cour de cassation s'est prononcée sur la conciliation du respect de la vie privée par certains contrats de bail. Selon un arrêt rendu le 6 mars 1996 et fondé sur l'article 8-1 de la Convention européenne des droits de l'homme,

la Cour de cassation a estimé que « *les clauses d'un bail d'habitation ne peuvent avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches* ». La Convention européenne des Droits de l'Homme a donc un effet horizontal puisqu'elle joue dans des rapports de droit exclusivement privé. Elle a un effet élusif. Cependant, la Cour de cassation a refusé de lui faire jouer un rôle additif. En effet, dans un arrêt du 18 décembre 2002, elle a décidé que « *les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas sauf convention expresse dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique* ».

B/ L'élargissement de la fondamentalisation aux autres branches du droit civil

La fondamentalisation et le contrôle de proportionnalité trouvent un terrain d'application privilégié en droit des personnes et de la famille. Ainsi, par un arrêt remarqué et audacieux, la Cour de cassation a refusé d'annuler un mariage célébré entre un beau-père et sa bru en violation de l'article 161 du Code civil. Elle a, sur moyen relevé d'office, estimé que « *le prononcé de la nullité du mariage [...] revêtait, à l'égard de [la veuve], le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale, dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans* » (Civ. 1re, 4 décembre 2013). Ainsi, au regard de la vie privée la Cour de cassation a écarté une disposition du Code civil considérée comme ne pouvant pas traditionnellement faire l'objet d'exception. Pour justifier, cette position, elle use du contrôle de proportionnalité en s'attachant à la durée du mariage. D'ailleurs, plus récemment elle a rappelé le principe de l'interdiction d'un mariage entre alliés et a appliqué le principe de proportionnalité en application de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme afin de rechercher si l'annulation du mariage cause une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale. En l'espèce, les juges du fond ont considéré que l'annulation du mariage ne constituait pas une atteinte disproportionnée

au droit au respect de la vie privée et familiale (Civ. 1re, 8 décembre 2016).

Plus largement, la fondamentalisation et le contrôle de proportionnalité ne touchent pas que le droit civil substantiel et trouvent également à s'appliquer en droit civil processuel. Ainsi, la protection de la vie privée doit être conciliée avec le droit de la preuve. En effet, l'accès au moyen de preuve implique parfois un empiétement dans la vie privée. Il revient alors à la jurisprudence de déterminer le seuil à partir duquel une atteinte à la vie privée sera effectivement réalisée. Ainsi, dans l'arrêt Nikon, la Cour de cassation a estimé que l'employeur ne pouvait pas accéder aux correspondances numériques de ses salariés et les faire valoir à titre de preuve, en vertu du respect de la vie privée de ces derniers. Plus récemment, la Cour de cassation a retenu que la production de messages électroniques provenant de la messagerie personnelle d'une salariée, distincte de la messagerie professionnelle dont celle-ci disposait pour les besoins de son activité, porte atteinte au secret des correspondances et doit par conséquent être écartée (Soc. 26 janvier 2016). Il ressort des articles 9 du Code civil, 6 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et 9 du Code de procédure civile que le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi. Ainsi, tel n'est pas le cas des investigations menées par une compagnie d'assurance afin de faire valoir ses droits en cas d'éventuelles fraudes, celles-ci se déroulant sur plusieurs années et consistant en des vérifications administratives, un recueil d'informations auprès de nombreux tiers, ainsi qu'en la mise en place d'opérations de filature et de surveillance à proximité du domicile de l'assuré et lors de ses déplacements (Civ. 1re, 25 février 2016 et 22 septembre 2016).

Si le mouvement de fondamentalisation en droit civil substantiel et processuel est incontestable ; il est également à mesurer, car il ne fait pas l'objet d'une appréhension généralisée et n'est pas consacré textuellement dans le Code civil.

II/ La mesure de la fondamentalisation et du contrôle de proportionnalité en droit civil

Si la fondamentalisation est présente en matière de droit des biens, le contrôle de proportionnalité est plus incertain (A). De plus, ce phénomène crée des incertitudes dans l'application de la règle de droit (B).

A/ L'application incertaine en droit des biens

La conception du Code civil de la propriété se caractérise par un mode unique de relation juridique entre la personne et les biens. Ainsi, le droit de propriété a des caractéristiques qui le distinguent d'autres titres juridiques, le droit français y voit un droit fondamental. L'importance du droit de propriété est telle que les rédacteurs du Code civil en ont fait le centre du Code. En effet, le plan du Code civil et l'intitulé des Livres montrent que les rédacteurs du Code civil ont essayé de tout ramener au droit de propriété. On comprend alors que l'article 544 du Code civil ne pouvait limiter le droit de propriété qu'en raison de nécessités au moins aussi importantes que le droit de propriété lui-même. Ainsi, selon l'article 544 du Code civil « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». En France, par tradition, la propriété est surtout protégée contre les atteintes du pouvoir exécutif. C'est dans ce but que la Constitution du 4 octobre 1958 réserve au domaine de la loi la détermination des « *principes fondamentaux du régime de la propriété* » (art. 34). Le Conseil constitutionnel a ainsi considéré que les principes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la

société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique (Cons. constit. 16 janvier 1982). Également la Cour de cassation retient que le droit de propriété est un droit fondamental de valeur constitutionnelle (Civ. 1^{re}, 4 janvier 1995). Même si le droit des biens n'échappe pas au mouvement de fondamentalisation, son application est mesurée en raison de la valeur du droit de propriété.

La Cour de cassation est réticente à appliquer le contrôle de proportionnalité dans le cadre du droit de propriété. En effet, la Cour de cassation a considéré 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 (Civ. 3e, 4 juillet 2019). 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. En revanche, elle a usé d'un tel contrôle dans le cadre de l'empiétement, mais de manière encadrée. La haute juridiction considère que la sanction du droit de propriété que constitue la démolition de l'empiétement, éventuellement sous astreinte, ne saurait être disproportionnée, quels que soient l'importance de l'empiétement et les effets de la démolition (Civ. 3e, 21 décembre 2017). Néanmoins, cela n'exclut pas de vérifier que la mesure ordonnée est bien proportionnée à la réalisation de sa finalité, qui est la cessation du trouble illicite apporté au droit de propriété par l'empiétement (Civ. 3^e, 10 novembre 2016).

B/ Les conséquences incertaines de la fondamentalisation et du contrôle de proportionnalité

Dans le cadre de la gestation pour autrui, la Cour de cassation a dû dégager des palliatifs en s'appuyant sur les libertés fondamentales, notamment la vie privée, afin de donner un statut juridique à ces enfants et à leur parent. D'abord, la Cour européenne des droits de l'Homme, le 26 juin 2014 a condamné la France pour atteinte à la vie privée des enfants nés d'une GPA (CEDH, 26 juin 2014, aff. 65192/11, *Mennesson c/ France* ; CEDH, 26 juin 2014, aff. 65941/11, *Labassee c/ France*). La Cour de cassation a ensuite transposé cette solution (Civ. 1^{re}, 5 juillet 2017). Néanmoins demeurait la question du parent d'intention. La justice européenne a affirmé que la France restait libre des « moyens » pour établir le lien de filiation entre la mère et l'enfant (CEDH, avis, 10 avr. 2019). Elle retient que pour le cas d'un enfant né à l'étranger par gestation pour autrui et issu des gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse et alors que le lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention a été reconnu en droit interne, le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la « mère légale ». Toutefois, des incertitudes demeurent au regard des règles essentielles en matière de filiation, que sont le principe chronologique et *Mater semper certa est*.

L'avant-projet Terré avait suggéré de consacrer textuellement un contrôle de fondamentalité au sein du Code civil. En effet, il était proposé un article 4 alinéa 2, qui disposait qu'« *on ne peut porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux que dans la mesure indispensable à la protection d'un intérêt sérieux et légitime* ». Également les projets relatifs à la réforme du droit des contrats prévoyaient que « *la liberté contractuelle ne peut porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus*

dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché ». Toutefois, l'ordonnance du 10 février 2016 n'a pas repris l'idée d'en faire un principe général du droit civil et a préféré valoriser la liberté contractuelle (art. 1102 C. civ.). Or, s'agissant d'une réalité des prétoires, il aurait été louable de l'introduire dans le Code civil, en modernisant par exemple l'article 6 Code civil. D'autant que le Code civil n'ignore pas le contrôle de proportionnalité. En effet, la réforme du droit des obligations en 2016 pose une exigence de proportionnalité en ce qui concerne l'exception d'inexécution, la résolution du contrat, l'exécution forcée en nature et la réfaction du contrat (art. 1219 à 1224 C. civ.).

Incontestablement, le droit civil est apprécié au regard des droits fondamentaux. Conçus à l'origine uniquement dans la relation d'individu à État, les droits fondamentaux se sont privatisés et ont intégré la sphère individuelle. L'examen, par le juge, d'un contrôle à l'aune des droits fondamentaux, permet de dépasser l'ordre public, mais une fois l'atteinte établie reste encore à vérifier si elle est proportionnée. Ainsi, l'exercice d'un tel contrôle permet de donner au juge une certaine souplesse dans la mise en œuvre des droits fondamentaux.

L'actualité

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2019-801 QPC du 20 septembre 2019 : constitutionnalité des notes d'audience établies par le greffe devant le tribunal correctionnel

Par arrêt du 25 juin 2019, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel 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 ?* ».

Conformément aux dispositions de l'article 453 du Code de procédure pénale : « *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* ». Selon le requérant, le choix des propos faisant l'objet d'une transcription dans les notes d'audience serait soumis à la subjectivité du greffier et du président de la juridiction, créant ainsi une situation inégalitaire entre les justiciables. Par ailleurs, dès lors que la Cour d'assises, devant laquelle des règles distinctes s'appliquent pour les notes d'audience, est compétente pour juger des faits de nature correctionnelle en application du principe de plénitude de juridiction, il en résulterait une différence de traitement

injustifiée entre des personnes poursuivies pour des délits selon que ces derniers sont jugés par un tribunal correctionnel ou par une Cour d'assises.

Pour autant, dans sa décision du 20 septembre 2019, le Conseil constitutionnel refuse de censurer les dispositions litigieuses. Selon lui, si, effectivement, certaines mentions relatives au déroulement de l'audience doivent figurer dans les notes prises par le greffier, aucune disposition légale n'impose une retranscription intégrale des débats tenus lors de l'audience. Pour autant, toute partie à une audience correctionnelle peut établir par tout moyen la preuve de l'irrégularité de la procédure suivie lors de cette audience correctionnelle, le cas échéant par la voie de l'inscription de faux. Par ailleurs, l'article 459 du Code de procédure pénale permet de déposer devant le tribunal correctionnel des conclusions faisant état d'une telle irrégularité, ce qui doit être obligatoirement mentionné dans les notes d'audience et le tribunal est tenu d'y répondre dans son jugement. En outre, les parties à l'audience peuvent demander auprès du président du tribunal correctionnel qu'il leur soit donné acte dans les notes d'audience de propos tenus ou d'incidents. Enfin, selon les Sages, les dispositions contestées n'instituent, par elles-mêmes, aucune différence de traitement dans la tenue des notes d'audience entre les personnes poursuivies devant le tribunal correctionnel et le fait qu'une personne puisse être jugée pour un délit par la Cour d'assises ou pour un crime requalifié en délit jugé par le tribunal correctionnel ne résulte pas des dispositions contestées.

En conséquence de ce qui précède, le Conseil constitutionnel estime que l'article 453 du Code de procédure pénale, qui ne méconnaît aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doit être déclaré conforme à la Constitution.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2019-802 QPC du 20 septembre 2019 : nouvel encadrement constitutionnel du recours à la visioconférence

Par arrêt du 26 juin 2019, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel 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 ?* ».

Les dispositions de l'article 706-71 du Code de procédure pénale, dans leur rédaction applicable au litige dans le cadre duquel la question prioritaire de constitutionnalité a été transmise, fixent les conditions de recours à des moyens de télécommunication audiovisuelle dans le cadre d'une procédure pénale. Son troisième alinéa prévoit ainsi que ce recours est applicable à diverses situations. Toutefois, « *lorsqu'il s'agit d'une audience au cours de laquelle il doit être statué sur le placement en détention provisoire ou la prolongation de la détention provisoire, la personne détenue peut, lorsqu'elle est informée de la date de l'audience et du fait que le recours à ce moyen est envisagé, refuser l'utilisation d'un moyen de télécommunication audiovisuelle, sauf si son transport paraît devoir être évité en raison des risques graves de trouble à l'ordre public ou d'évasion* ».

Selon le requérant, faute de prévoir que le détenu qui a déposé une demande de mise en liberté puisse s'opposer à ce que son audition devant la Chambre de l'instruction ait lieu par visioconférence, ces dispositions porteraient

atteinte aux droits de la défense et au droit, en matière de détention provisoire, de comparaître physiquement devant son juge. Il fait également valoir que les garanties encadrant le recours à la visioconférence seraient insuffisantes. Il soutient en outre que ces dispositions méconnaîtraient le principe d'égalité devant la loi et l'article 34 de la Constitution, en raison de l'absence de critères précis permettant de déterminer les cas dans lesquels le recours à la visioconférence peut être imposé à la personne détenue.

En premier lieu, le Conseil constitutionnel souligne qu'en application des dispositions des articles 148 et 199 du Code de procédure pénale, une personne placée en détention provisoire peut demander sa mise en liberté à tout moment, sa comparution personnelle étant de droit si celle-ci ou son avocat en fait la demande. Il en découle que la Chambre de l'instruction est susceptible d'être saisie, par une même personne, de nombreuses demandes de mise en liberté successives, accompagnées d'une demande de comparution personnelle, qui impliquent alors l'organisation d'autant d'extractions de l'intéressé lorsqu'il n'est pas recouru à un moyen de télécommunication audiovisuelle. Dès lors, selon le Conseil, en prévoyant que, lorsque l'audience porte sur une demande de mise en liberté, l'intéressé ne peut s'opposer au recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle, les dispositions contestées visent à éviter les difficultés et les coûts occasionnés par les extractions judiciaires. Elles contribuent ainsi à la bonne administration de la justice et au bon usage des deniers publics.

En deuxième lieu, les Sages rappellent, d'une part, que la décision de recourir ou non à un moyen de télécommunication audiovisuelle pour assurer la comparution personnelle de la personne qui a formé une demande de mise en liberté appartient au juge. Celui-ci peut donc toujours privilégier la comparution physique de l'intéressé devant lui s'il l'estime nécessaire. D'autre part, en vertu de l'article 706-71 du Code de procédure pénale, en cas de recours à un tel moyen, l'avocat de la personne placée en détention provisoire, comme l'interprète, choisit de se trouver auprès de la juridiction ou auprès de l'intéressé. Dans le premier cas, l'avocat doit pouvoir s'entretenir avec ce dernier, de façon confidentielle, en utilisant le même procédé

audiovisuel. Dans le second cas, une copie de l'intégralité du dossier est mise à sa disposition dans les locaux de détention sauf si une copie lui en a déjà été remise. Par ailleurs, la communication doit se tenir dans des conditions qui garantissent le droit de la personne à présenter elle-même ses observations. Enfin, en dehors des cas où le transport de la personne détenue paraît devoir être évité en raison de risques graves de troubles à l'ordre public ou d'évasion, l'intéressé a le droit de s'opposer au recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle lorsqu'il est statué sur son placement en détention provisoire ou sur la prolongation de cette détention. Cette faculté lui garantit donc la possibilité d'être présenté physiquement devant la Chambre de l'instruction appelée à statuer sur sa détention provisoire, dès le début de sa détention, puis à intervalles réguliers, tous les quatre mois en matière délictuelle et tous les six mois en matière criminelle, à chaque prolongation de celle-ci.

En troisième lieu, toutefois, le Conseil note que, par exception, en matière criminelle, en application de l'article 145-2 du Code de procédure pénale, la première prolongation de la détention provisoire peut n'intervenir qu'à l'issue d'une durée d'une année. Il en résulte qu'une personne placée en détention provisoire pourrait se voir privée, pendant une année entière, de la possibilité de comparaître physiquement devant le juge appelé à statuer sur la détention provisoire. Pour ce motif, eu égard à l'importance de la garantie qui s'attache à la présentation physique de l'intéressé devant la juridiction compétente pour connaître de la détention provisoire et en l'état des conditions dans lesquelles s'exerce le recours à ces moyens de télécommunication, les dispositions contestées portent une atteinte excessive aux droits de la défense. Par conséquent, les Sages concluent que, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres griefs, les dispositions contestées doivent être déclarées contraires à la Constitution. Pour autant, ils estiment que la remise en cause des mesures ayant été prises sur le fondement de ces dispositions méconnaîtrait les objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et aurait ainsi des conséquences manifestement excessives. Par

suite, ces mesures ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité.

Cette décision s'inscrit dans le prolongement de la décision n° 2019-778 DC du Conseil constitutionnel du 21 mars 2019. Il convient, en effet, de rappeler qu'au cours des discussions parlementaires sur la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, il avait été envisagé de supprimer la possibilité pour la personne détenue de refuser l'utilisation de la visioconférence dans le cadre du placement en détention provisoire et de la prolongation de la détention provisoire. Finalement, la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice avait exclu la faculté d'opposition de la personne pour les seuls débats contradictoires relatifs à la prolongation de la détention provisoire, en estimant que « *l'extension du recours à la visioconférence en matière de détention provisoire est de nature à améliorer le fonctionnement des juridictions en évitant les reports d'audience ou les mises en liberté liés aux impossibilités d'extraction, ainsi qu'à réduire la charge des services pénitentiaires compétents pour réaliser les extractions* ». Le Conseil constitutionnel a, toutefois, censuré la loi sur ce point, de sorte que la personne détenue peut toujours refuser le recours à la visioconférence lors des débats sur le placement en détention provisoire comme lors des débats sur la prolongation de la détention provisoire.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 16 octobre 2019, n° 19-81.084 : protection du droit du mineur gardé à vue de bénéficiaire de l'intervention d'un avocat désigné

En l'espèce, un mineur avait été placé en garde à vue et entendu à deux reprises à la suite d'une tentative d'assassinat. Il résulte des pièces de la procédure qu'au moment de son placement en garde à vue, l'intéressé, informé de son droit d'être assisté d'un avocat, a refusé d'en bénéficier. Les enquêteurs ont informé sa

mère, représentante légale, de son placement en garde à vue, mais ne l'ont pas avisée qu'elle avait le droit de demander que son fils soit assisté d'un avocat. À l'issue de sa première audition, le gardé à vue a demandé l'assistance d'un avocat, de sorte que l'officier de police judiciaire a pris les mesures pour faire désigner un avocat commis d'office et le contacter. Cet avocat a pu s'entretenir avec l'intéressé et a été présent lors de sa seconde audition.

À l'issue de sa garde à vue, l'intéressé a été déféré devant un juge d'instruction, mis en examen pour complicité de tentative d'assassinat en récidive et placé en détention provisoire. Il a, par la suite, présenté devant la Chambre de l'instruction une requête en annulation de la procédure, soutenant que ses auditions en garde à vue avaient été effectuées en méconnaissance de ses droits à l'assistance et au choix d'un avocat. La Chambre de l'instruction a annulé la première audition, mais rejeté la demande d'annulation de la seconde audition, au motif que l'intéressé avait été assisté, au cours de celle-ci, comme il l'avait demandé, par un avocat commis d'office, l'irrégularité consistant à ne pas avoir informé ses parents de leur droit de choisir un avocat étant sans incidence devant le choix exprimé par le mineur lui-même, qui l'emporte sur la volonté de ses parents, seulement subsidiaire. Un pourvoi en cassation a alors été formé.

Dans son arrêt du 16 octobre 2019, la Chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle qu'aux termes des dispositions de l'article 4, § IV, de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945, dans sa rédaction applicable à la cause et issue de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, dès le début de la garde à vue, le mineur doit être assisté par un avocat dans les conditions prévues aux articles 63-3-1 à 63-4-3 du Code de procédure pénale. Il doit être immédiatement informé de ce droit. Lorsque le mineur n'a pas sollicité l'assistance d'un avocat, cette demande peut également être faite par ses représentants légaux, qui sont alors avisés de ce droit lorsqu'ils sont informés de la garde à vue en application du II du même article. Lorsque le mineur ou ses représentants légaux n'ont pas désigné d'avocat, le procureur de la République, le juge chargé de l'instruction ou l'officier de police judiciaire doit, dès le début de la garde à

vue, informer par tout moyen et sans délai le bâtonnier afin qu'il en commette un d'office.

Selon la Haute juridiction judiciaire, cette information vise à garantir l'assistance effective du mineur gardé à vue par un avocat, ainsi que le libre choix de l'avocat qui prodiguera cette assistance. Cette information est prévue dans l'intérêt du mineur placé en garde à vue et son absence entraîne la nullité du placement en garde à vue. Or, en rejetant la requête en annulation de la seconde audition, faite quand il était mineur, alors qu'il n'a pas été assisté par un avocat dès le début de sa garde à vue et que ses parents n'ont pas été informés qu'ils pouvaient lui en désigner un, la Chambre de l'instruction a méconnu la règle énoncée ci-dessus.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. ass. plén., 25 octobre 2019, n° 17-86.605 : la liberté d'expression peut justifier l'injure

En l'espèce, en 2012, au cours d'une émission télévisée, l'animateur a présenté à l'antenne plusieurs affiches parodiques attribuées à des candidats à l'élection présidentielle, qui avaient été publiées dans l'une des éditions du journal *Charlie Hebdo*. Dans celle attribuée à Madame X., la représentation d'un excrément fumant était surmontée du texte : « X., la candidate qui vous ressemble ».

Après le dépôt, par Madame X., d'une plainte avec constitution de partie civile, l'animateur a été poursuivi pour complicité d'injures publiques envers un particulier. Il a été relaxé par le tribunal correctionnel qui a, en outre, rejeté la demande de dommages-intérêts formée par la partie civile. Celle-ci ayant interjeté appel, la Cour d'appel, qui, en l'absence d'appel du ministère public, n'était investie que du pouvoir de statuer sur l'action civile, a confirmé le jugement en ses dispositions civiles. Madame X. s'étant pourvue en cassation, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, par arrêt du 20 septembre 2016, a cassé l'arrêt d'appel aux motifs que « le dessin et la phrase poursuivis, qui portaient atteinte à la dignité de

la partie civile en l'associant à un excrément, fût-ce en la visant en sa qualité de personnalité politique lors d'une séquence satirique de l'émission précitée, dépassaient les limites admissibles de la liberté d'expression ». Par arrêt du 20 septembre 2017, la Cour d'appel de renvoi, a, de nouveau, confirmé le jugement en ses dispositions civiles.

Madame X. a formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt, de sorte que l'assemblée plénière de la Cour de cassation a été saisie. Dans son arrêt du 25 octobre 2019, la Haute juridiction judiciaire rejette finalement le pourvoi. Pour ce faire, elle rappelle que la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et que, si elle peut être soumise à des ingérences, celles-ci ne peuvent intervenir que dans les cas où elles constituent des mesures nécessaires au regard de l'article 10, § 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. À cet égard, la restriction qu'apportent à la liberté d'expression les articles 29, alinéa 2, et 33 de la loi du 29 juillet 1881, qui prévoient et répriment l'injure, peut donc être justifiée si elle poursuit l'un des objectifs énumérés à l'article 10, paragraphe 2, de cette Convention.

À ce propos, l'assemblée plénière de la Cour de cassation indique, en premier lieu, que la dignité de la personne humaine ne figure pas, en tant que telle, au nombre des objectifs légitimes énumérés à l'article 10, paragraphe 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et ne saurait donc érigée en fondement autonome des restrictions à la liberté d'expression. En d'autres termes, elle refuse de considérer que l'atteinte à la dignité de la personne humaine doit être érigée en ultime rempart rendant inutile toute mise en balance des intérêts en présence et interdisant toute justification de l'injure par les éléments contextuels, tels que la satire ou le débat politique. En proclamant que le principe du respect de la dignité de la personne humaine ne constitue pas un fondement autonome des restrictions à la liberté d'expression, l'assemblée plénière refuse d'exclure par principe tout contrôle de proportionnalité au motif d'une éventuelle atteinte à la dignité causée par l'injure incriminée.

En second lieu, la Haute juridiction judiciaire recherche si la publication litigieuse est constitutive d'un abus dans l'exercice du droit à la liberté d'expression. Cette démarche implique que soit mise en œuvre l'exigence de proportionnalité consistant à rechercher si, au regard des circonstances particulières de l'affaire, la publication litigieuse a dépassé les limites admissibles de la liberté d'expression. Ainsi, en l'absence de dépassement de ces limites, et alors même que l'injure est caractérisée en tous ses éléments constitutifs, les faits objet de la poursuite ne peuvent donner lieu à des réparations civiles. Or, en l'espèce, l'arrêt critiqué retient que l'affiche, qui a été publiée dans un journal revendiquant le droit à l'humour et à la satire, comporte une appréciation du positionnement politique de Madame X. à l'occasion de l'élection présidentielle et a été montrée par l'animateur de l'émission télévisée avec d'autres affiches parodiant chacun des candidats à l'élection présidentielle, dans la séquence d'une émission polémique s'apparentant à une revue de presse, mention étant expressément faite que ces affiches émanent d'un journal satirique et présentent elles-mêmes un caractère polémique. Dès lors, selon l'assemblée plénière de la Cour de cassation, la Cour d'appel, qui a exactement apprécié le sens et la portée de cette affiche à la lumière des éléments extrinsèques qu'elle a souverainement analysés, en a déduit, à bon droit, que la publication litigieuse ne dépassait pas les limites admissibles de la liberté d'expression.

Cet arrêt s'inscrit dans le sillage de la jurisprudence aux termes de laquelle, non seulement la diffamation, mais aussi l'injure peuvent être justifiées par la liberté d'expression, en particulier « *dans le contexte d'un débat politique* » (Cass. crim., 9 décembre 2014, n° 13-85.401) et lorsque les propos litigieux ont été tenus sur « *le mode de l'impertinence satirique* » (voir, en particulier : CEDH, 14 mars 2013, n° 26118/10, *Éon c/ France*, à propos d'une pancarte brandie à l'attention du président de la République et Cass. crim., 8 janvier 2019, n° 17-81.396, à propos de « *tweets* » de Me Eolas concernant l'Institut pour la justice).

Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

Ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053 : GPA et transcription à l'égard du parent d'intention

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a considéré que « *dans le cas d'espèce, seule la transcription des actes de naissance étrangers permet de reconnaître ce lien dans le respect du droit à la vie privée des enfants* ». Les faits de l'affaire Mennesson sont connus : un couple, non marié, a recouru à une gestation pour autrui en Californie. Les enfants naissent en 2000. Leurs actes de naissance sont établis aux États-Unis, conformément aux jugements de la Cour supérieure californienne. Ces actes de naissance réguliers mentionnent les membres du couple comme étant le père biologique et la « mère légale », qui n'a pas accouché. À la suite d'une longue procédure, l'acte de naissance a fait l'objet d'une transcription seulement à l'égard du père biologique. Toutefois, demeurait incertaine la transcription à l'égard de la mère dite d'intention. Aussi la Cour de cassation, dans le cadre d'un réexamen civil, a adressé à la CEDH une demande d'avis consultatif (Ass. Plén., 5 octobre 2018, 10-19.053 et 12-30.138). La justice européenne a confirmé, dans son avis, que la France restait libre des « moyens » pour établir le lien de filiation entre la mère et l'enfant (CEDH, avis, 10 avr. 2019). Elle retient que pour le cas d'un enfant né à l'étranger par gestation pour autrui et issu des gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse et alors que le lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention a été reconnu en droit interne, le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la « mère légale ». Le droit au respect de la vie privée de

l'enfant ne requiert pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger ; elle peut se faire par une autre voie, telle l'adoption de l'enfant par la mère d'intention. Appliquant cette position de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation retient qu'au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant et pour ne pas porter une atteinte disproportionnée au respect de sa vie privée, une gestation pour autrui réalisée à l'étranger ne peut faire, à elle seule, obstacle à la reconnaissance en France d'un lien de filiation avec la mère d'intention. En parallèle, l'Assemblée nationale a adopté un amendement visant à retranscrire les actes d'état civil étrangers conformes au droit du pays d'origine.

Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1re, 19 sept. 2019, n° 18-18.473 : Rejet d'une expertise génétique en matière de filiation

Un enfant, âgé de sept ans, et n'ayant pas de filiation est reconnu par le compagnon de sa mère. Ce dernier décède quelque temps plus tard. Puis la mère et le frère du défunt assignèrent l'enfant et sa mère en annulation de la reconnaissance. Classiquement, ils sollicitent une expertise génétique entre l'enfant et le prétendu père. Toutefois, elle est déboutée en appel, au motif que la filiation de l'enfant est établie par l'acte de reconnaissance de son fils. Elle se pourvoit alors en cassation, arguant que l'expertise est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder. La Cour de cassation retient qu'il résulte des articles 16-11 et 327 du Code civil qu'une demande d'expertise génétique susceptible de révéler un lien de filiation entre un enfant et un tiers suppose, pour être déclarée recevable, l'engagement par cet enfant d'une

action en recherche de paternité, qu'il a seule qualité à exercer. Elle juge, par motif de pur droit, relevé d'office, qu'en l'absence d'action en recherche de paternité engagée par l'enfant, seul titulaire de cette action, la demande visant à révéler un lien de filiation entre ce dernier et un autre homme est irrecevable. Pour justifier la position de la Cour de cassation, à défaut d'action en recherche de paternité, il n'est pas possible de procéder à une expertise biologique sur le prétendu père. En l'espèce, l'expertise génétique devait donc être pratiquée sur le père juridique décédé pour contester le lien de filiation.

Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1re, 12 sept. 2019, n° 18-20.472 : Rejet de l'action en recherche de paternité dans le cadre d'une GPA

Les faits de l'espèce sont atypiques en matière de gestation pour autrui, puisqu'elle se déroule sur le territoire français. Un couple d'hommes contracte une convention de gestation pour autrui, selon laquelle une femme devait porter, contre rémunération, l'enfant qu'elle concevrait à l'aide du sperme de l'un ou de l'autre. L'enfant est reconnu de manière prénatale par l'un des membres du couple et par la mère. Toutefois, cette dernière lors de la naissance informe le couple que l'enfant est décédé. L'enfant est par la suite reconnu par un autre homme. En apprenant qu'il était vivant et avait été reconnu par un homme, au foyer duquel il demeurait depuis sa naissance, l'un des deux hommes du couple porte plainte à l'encontre de la mère biologique pour escroquerie. À la suite de la condamnation pénale de tous les protagonistes se posent la question des conséquences civiles. Le père biologique de l'enfant a assigné le père d'intention et la mère porteuse en contestation de la paternité du premier et en établissement de sa propre paternité sur l'enfant ; il a demandé

le changement de nom du mineur, l'exercice exclusif de l'autorité parentale et la fixation de sa résidence chez lui. Toutefois, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir déclarée irrecevable la demande de contestation de paternité engagée par le père biologique, comme découlant d'une convention de gestation pour autrui illicite, et ajoute que les juges du fond avaient à bon droit fait prévaloir l'intérêt de l'enfant sur tous les autres. En résumé, la Cour de cassation fait prévoir la vérité juridique et sociologique de la filiation sur la réalité biologique. D'ailleurs, l'arrêt énonce que la réalité biologique n'apparaît pas une raison suffisante pour accueillir la demande, au regard du vécu de l'enfant.

Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1re, 19 sept. 2019, n° 18-19.665 : Inexistence d'un mariage célébré à Las Vegas

Dans le cadre d'une procédure de divorce, un des époux découvre l'existence d'une précédente union de sa femme célébrée antérieurement à leur union à Las Vegas. Aussi l'époux assigne son épouse en nullité du mariage pour bigamie. Les juges du fond retiennent la nullité du premier mariage pour défaut de consentement. Un pourvoi en cassation est donc formé. Ce dernier est rejeté par la Cour de cassation. D'abord, sur le terrain de la prescription elle retient qu'aux termes de l'article 2247 du Code civil, les juges ne peuvent suppléer d'office le moyen résultant de la prescription. Ensuite, elle retient que cette règle s'applique même lorsque la prescription est d'ordre public. Il en résulte ainsi que les juges du fond ne pouvaient relever d'office la prescription trentenaire de l'action en nullité du mariage célébré en 1981, prévue à l'article 184 du Code civil. Ensuite, sur le fond, la Cour de cassation décide que les juges du fond en ont souverainement déduit que le consentement à mariage faisait défaut, de sorte que, la première

union étant inopposable, la demande d'annulation du second mariage devait donc être rejetée. Cet arrêt relance donc le débat des mariages célébrés à Las Vegas au regard des conditions de fond et de forme du mariage.

Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

**Décr. n° 2019-756, 22 juill. 2019, JO 24 juill. :
Décret d'application de la loi de
programmation et de réforme de la justice en
matière familiale**

Le décret du 22 juillet 2019 a été pris dans le cadre de l'application de l'application de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. D'abord, le décret procède à la suppression du terme « incapable » subsistant dans certains textes. Ensuite, il adapte les procédures de protection juridique des majeurs en introduisant une procédure unique devant le juge des tutelles, lui permettant de prononcer une mesure de protection judiciaire ou une habilitation familiale et de rendre pleinement effectif le principe de subsidiarité prévu à l'article 428 du Code civil. Il organise la communication entre le ministère public et le juge en substituant à l'avis obligatoire du ministère public un avis dans les dossiers qui le nécessitent, à la demande du juge ou d'office. Le greffier en chef des services de greffe judiciaire est désigné comme autorité pour établir le certificat visé à l'article 38 de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes. Également, le décret prévoit des mesures de coordination en matière de changement de régime matrimonial pour prendre en compte la fin de l'homologation judiciaire systématique en présence d'enfants mineurs et l'information devant être délivrée aux représentants des majeurs protégés et des mineurs sous tutelle. Il prévoit encore diverses mesures de coordination pour supprimer des dispositions du code de procédure civile ou du code de la santé publique

la référence au juge dans les procédures relatives aux actes de notoriété et actes de l'état civil ou les procédures de recueil du consentement, celles-ci étant désormais confiées à titre exclusif aux notaires. Enfin, il précise la procédure applicable à une demande de prorogation de l'attribution provisoire de la jouissance du logement de la famille prévue à l'alinéa 3 de l'article 373-2-9-1 créé par la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 19 juin 2019, pourvoi n° 17-29.000 : Des limites de l'obligation de bonne foi dans l'exécution des contrats.

Au grand dam des solidaristes, l'obligation de bonne foi connaît des limites et trouve notamment dans la force obligatoire des conventions une barrière quasi-définitive à son extension. Depuis l'arrêt *Les Maréchaux* (Com. 10 juillet 2007), il ne fait guère de doute que « *si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenues entre les parties* ». C'est cette solution qui est reprise (mais reformulée) par la Cour de cassation dans la présente décision. En l'espèce, un concessionnaire connaît des difficultés financières importantes ; sollicité, le concédant lui refuse des facilités de paiement. Le concessionnaire est finalement placé en liquidation judiciaire ; le liquidateur agit en responsabilité contre le concédant arguant d'un manquement à l'obligation de bonne foi et de collaboration à l'origine d'un préjudice économique causé au concédant. Étonnamment, les juges du fond font droit à cette demande considérant que le concédant « *n'a voulu*

accorder aucune facilité de paiement à son cocontractant alors que celui-ci était au bord de l'asphyxie et tentait de redresser son activité dans un contexte économique que les deux parties qualifient de difficile et ajoute qu'elle ne justifie pas de ce que sa propre situation financière ne lui permettait pas d'être davantage conciliante ». La Cour de cassation censure logiquement l'arrêt d'appel rappelant que « l'exigence de bonne foi n'autorise pas le juge à porter atteinte aux modalités de paiement du prix fixé par les parties, lesquelles constituent la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ». Il est encore heureux qu'un contractant ne soit pas tenu de renoncer à ses droits nés du contrat du fait que son cocontractant connaît des difficultés économiques.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 2^{ème}, 29 août 2019, pourvoi n° 18-19.700 : Responsabilité civile d'un joueur de football à l'égard d'un adversaire.

L'affaire est des plus banales : un joueur de football et blesse un joueur adverse. Plus originales sont les suites judiciaires puisque le joueur blessé assigne l'auteur du tackle en réparation sur le fondement de la responsabilité civile. Les juges du fond le déboutent de sa demande sur le fondement de l'article 1240 du Code civil et sur celui de la circulaire de la Direction nationale de l'arbitrage de la fédération française de football applicable à l'espèce. Les conseillers d'appel considèrent, d'une part, que la faute commise n'a pas été réalisée dans le but de blesser et, d'autre part, que la faute était un risque accepté par la victime. L'arrêt d'appel est censuré, sur le fondement de l'article 1240 du Code civil, par la Haute juridiction ; les hauts conseillers reprochent à la cour d'appel d'avoir ainsi statué alors « qu'elle retenait l'existence d'une faute grossière au sens de la circulaire 12.05 de juillet

2011 de la Fédération française de football, c'est à dire une violation des règles du jeu caractérisée par un excès d'engagement ou la brutalité d'un joueur envers un adversaire « lorsqu'ils disputent le ballon quand il est en jeu », et qu'une telle faute, qui excède les risques normaux de ce sport, était de nature à engager la responsabilité de M. M. ». Autrement dit, la faute grossière d'un sportif est source de responsabilité civile personnelle, dès lors qu'elle dépasse naturellement les risques normaux du sport considéré.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 2 octobre 2009, pourvoi n° 17-14.423 : La preuve d'une erreur portant sur les qualités essentielles.

Dans certains domaines, la Haute juridiction se livre parfois à une appréciation objective de l'erreur sur les qualités essentielles de la chose pour dire la nullité d'un contrat (art. 1132 et suivants C. civ.). Tel est le cas notamment en matière d'erreur sur l'authenticité des œuvres d'art ou encore en matière d'erreur sur la rentabilité économique. La présente décision rappelle cependant que ce n'est pas la norme : en effet, l'erreur sur les qualités essentielles s'apprécie par principe de manière subjective. Cela se traduit par l'exigence de preuve qui pèse sur le demandeur à la nullité de démontrer que la qualité qui fait défaut était essentielle pour lui (art. 1133 alinéa 1^{er} C. civ.). En l'espèce, un couple conclut un ensemble de contrats dans le cadre d'une opération de défiscalisation portant sur l'acquisition et l'exploitation d'une centrale photovoltaïque. Le couple avait notamment la volonté de revendre à EDF une partie de l'électricité produite. Quelques années plus tard, le couple ne revend pas autant d'électricité qu'espéré et surtout à un prix inférieur à celui prévu dans le contrat initial ; dès lors le couple agit en nullité des contrats conclus arguant

notamment de leur erreur dans la conclusion des contrats formant l'opération d'ensemble. Les juges du fond font droit à la demande en nullité considérant que le prix de revente de l'électricité mentionné au contrat aurait dû apparaître plus clairement comme simplement indicatif. A défaut de cette précision, la cour d'appel caractérise effectivement l'erreur vice du consentement. La Cour de cassation censure l'arrêt reprochant à la cour d'appel d'avoir ainsi statué « *sans préciser en quoi le caractère fixe du prix de rachat de l'électricité indiqué dans l'offre de crédit-fournisseur et le contrat d'exploitation constituait une qualité substantielle de la prestation objet de chacun de ces contrats* ». Autrement dit, pour prospérer la demande en nullité aurait dû être appuyée de la preuve que le prix de revente était une information essentielle du contrat pour le couple.

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 : Refonte de la répartition des droits entre l'usufruitier et le nu-proprétaire de droits sociaux.

L'ancien article 1844 du Code civil posait la question de la clef de répartition des droits entre le nu-proprétaire et l'usufruitier de droits sociaux et celle de la liberté contractuelle et statutaire en la matière. Obscur, le texte a donné lieu à une imposante et importante jurisprudence interprétative (Com. 4 janvier 1994, *De Gaste* ; Com. 31 mars 2004 ; Com. 22 février 2005). Malgré les éclaircissements prétoriens, le contentieux en la matière ne s'est jamais réellement tari. L'intervention du législateur était donc souhaitée par tous, praticiens et juges notamment. Tel est l'un des principaux apports de la loi du 19 juillet 2019. Les alinéas 3 et 4 de l'article 1844 sont ainsi réécrits : « *Si une part est grevée d'un usufruit, le nu-*

propriétaire et l'usufruitier ont le droit de participer aux décisions collectives. Le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier. Toutefois, pour les autres décisions, le nu-proprétaire et l'usufruitier peuvent convenir que le droit de vote sera exercé par l'usufruitier. Les statuts peuvent déroger aux dispositions (...) de la seconde phrase du troisième alinéa ». Il ressort de la refonte de ce texte, deux principes :

- D'un côté, le nu-proprétaire et l'usufruitier ont un droit identique de participer aux décisions collectives. Ce droit est d'ordre public. La jurisprudence *De Gaste* l'avait déjà établi pour le nu-proprétaire sur le fondement de l'alinéa 1^{er} du texte (« *Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives* »). L'usufruitier n'étant pas associé au sens propre du terme (bien qu'il y ait un débat au moins théorique sur la question), il pouvait être exclu de cette participation. Ce n'est plus le cas ;
- De l'autre, le texte pose une clef légale de répartition par défaut : « *le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier* ». En cela, le texte reprend la solution traditionnelle. Elle supporte la convention contraire : par exemple, les statuts peuvent prévoir que tout le droit de vote appartient à l'usufruitier. C'est le sens du reste du texte selon lequel « *pour les autres décisions, le nu-proprétaire et l'usufruitier peuvent convenir que le droit de vote sera exercé par l'usufruitier* ». Reste qu'il n'est pas possible de priver l'usufruitier de son droit de voter l'affectation des bénéfices (en cela, le texte reprend la solution de l'arrêt Com. 31 mars 2004).

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.

Le droit est-il une science ?

La question pourrait être philosophique, extrêmement théorique. On va essayer de la rendre pratique et concrète.

D'ailleurs le point de départ de cette interrogation n'est pas philosophique mais revendicatif.

Un Hors-série « Science et avenir », lu cet été, propose de revenir sur la vie et la découverte de « 34 grands scientifiques qui ont marqué l'Histoire ».

Thalès, Avicenne, Einstein, Higgs, ou encore Freud et Pasteur sont évidemment cités. Les sciences dures sont majoritairement représentées. La médecine n'a pas été oubliée.

Mais aucun juriste n'est cité. Kelsen n'appartient pas à cette liste malgré ses travaux d'épistémologie juridique. Avec Jacob BERREBI, professeur de droit civil à l'ISP

<https://soundcloud.com/prepaisp/le-droit-est-il-une-science>

Jacques Chirac

Ce lundi 30 septembre est une journée de deuil national en hommage à Jacques Chirac, décédé le 26 septembre dernier. L'hommage national est l'objet d'une ferveur populaire considérable. L'émotion est patente.

Pour ma génération, Jacques Chirac est l'héritier du Général De Gaulle. Loin d'une présidence Jupiterienne, il symbolise la bonhomie, la proximité avec le peuple, sans que cela pu nuire à sa stature de chef de l'Etat. Aimé de la ruralité (on pense à la Corrèze, au salon de l'agriculture) comme de la ville (il reste le maire de Paris le plus apprécié des parisiens), il est pour certains le dernier grand président français. Il est celui qui a reconnu la responsabilité de l'Etat français dans la déportation des juifs lors de la seconde guerre mondiale. Il est aussi celui qui a dissout sa propre majorité à l'Assemblée. Il a également été condamné par la justice dans le cadre de l'affaire des emplois fictifs de la mairie de Paris.

En ce jour de deuil national, est-il possible de faire fi de l'émotion pour retracer ensemble son histoire et son parcours ?

Nous allons nous y essayer en compagnie de Philippe Mazet

<https://soundcloud.com/prepaisp/jacques-chirac>

Le loisir et la famille doivent-ils primer sur le travail ?

Depuis l'avènement de la société industrielle, davantage encore au cours des 30 glorieuses la valeur travail était déterminante du statut social des individus.

La nature du travail ou son absence – le chômage – renseigne sur la personne, lui conférant sa place dans la société, une pratique de caste. Pourtant, le travail semble une valeur en voie de disparition. On préfère au travail le loisir et la famille. Concrètement certaines préfèrent travailler mais, gagner mieux, pour profiter plus. Ils quittent volontairement les centres urbains et d'importance économique, pour relocaliser la famille dans des endroits plus calmes. Est-il vrai que dans notre société contemporaine, le travail occupe de moins en moins de place ?

Avec Philippe Mazet, professeur de Culture Générale au sein de l'ISP

<https://soundcloud.com/prepaisp/le-loisir-et-la-famille-doivent-ils-primer-sur-le-travail>

La liberté du commerce et de l'industrie

Proclamée après la révolution, la liberté du commerce et de l'industrie est régulièrement rappelée par les différentes juridictions. Elle trouve également sa place dans l'actualité sociétale, lorsque par exemple, certains commerçants trouvent à se plaindre de manifestations ou encore de grèves. On lui colle naturellement l'étiquette libérale et parfois cela suffit à honnir celui qui l'invoque à son bénéfice.

Reste qu'il appert le plus souvent que la liberté du commerce et de l'industrie est une notion galvaudée par ceux qui en réclament le bénéfice comme par ceux qui en critiquent l'usage.

Avec Jacob Berrebi, professeur de droit civil et de droit des affaires au sein de l'ISP

<https://soundcloud.com/prepaisp/la-liberte-du-commerce-et-de-lindustrie>

La guerre commerciale

D'un point de vue historique et strictement étymologique, il y a une incongruité à viser ensemble les termes guerre et commerce. En effet, la guerre s'entend traditionnellement d'un conflit armé entre deux ou plusieurs états. Le commerce, les échanges commerciaux s'entendent de relations d'argent sinon de confiance. Ainsi, lier guerre et commerce semble paradoxal. Reste que dans l'actualité, la connexité entre les termes n'étonne plus. Plus encore le terme guerre commerciale évoque plusieurs idées. La publicité, l'agressivité commerciale ; autrement dit, la guerre que se livrent les entreprises dans un cadre concurrentiel. Mais tel n'est pas le sens retenu pour la présente émission. Nous allons envisager la guerre commerciale au sens de la guerre économique que se livrent certains États avec Benoit Quenedey, professeur de droit public et de Culture générale au sein de l'ISP.

<https://soundcloud.com/prepaisp/la-guerre-commerciale>



CRISP

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation

