

BMA Bulletin Mensuel d'Actualités du CRISP

N° 43 – 2019

Sommaire

L'édito	p. 3
L'article du mois	p. 5
L'actualité	p. 9
Les vidéos et les podcasts	p. 30

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

« L'initiative des sanctions part du créancier. La partie se joue entre lui et le débiteur. Mais elle est présidée, d'autorité par le juge qui la conclut » (R. Savatier, Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles. Rapport de synthèse présenté aux Journées 1964 de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Rev. int. dr. comp., 1964, vol. 16/4, p. 715).

Par Valentine Haberman

CRISP

crisp@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

La fessée et la légistique

Le 2 juillet 2019, le Parlement a définitivement adopté la loi interdisant les « violences éducatives ordinaires », ce qui lui vaut l'appellation vulgaire de « loi anti-fessée ». Adopté à l'unanimité, le texte modifie l'article 371-1 alinéa 2 du Code civil de sorte que ce texte disposera à l'avenir que « l'autorité parentale s'exerce sans violences physiques ou psychologiques ». Dans les colonnes du Figaro, la philosophe Anne-Sophie Chazaud a déclaré que ce texte infantilise parents et enfants, alors que la société a besoin d'une restauration de l'autorité. Il est vrai que ce texte met fin à l'usage voulant reconnaître un droit de correction parentale. L'enfant devant obéissance à ses parents, pour certains, la désobéissance doit être sanctionnée y compris physiquement, et la fessée est une sanction classiquement employée, qui s'est développée quand le martinet a été considéré comme un objet de correction bien trop violent. D'autres, la majorité composée de sociologues, philosophes et professionnels de l'enfance, voient un texte porteur d'une idée « zéro violence ». A ce titre, le texte ne vise pas que la fessée mais bien tous types de violences physiques et psychologiques.

Ces lignes ne sont pas écrites pour arbitrer le débat, pour « juger » de la pertinence du texte d'un point de vue sociétale, d'un point de vue philosophique, encore moins d'un point de vue personnel. Au vrai, votre serviteur n'a tout simplement pas d'avis définitif sur la question.

Reste la dimension juridique et, à ce titre, il y a beaucoup à dire : d'abord, du point de vue de la technique légistique, le texte ne définit pas précisément les « violences physiques ou psychologiques ». Dès lors, soit le texte est volontairement imprécis, renvoyant au juge pour définir, de manière casuistique, ce qui constitue ou non une violence (et dans ce cas, le texte n'apporte rien) ; soit, le texte est involontairement imprécis, et dans ce cas, il pose des difficultés notionnelles qui appellent non seulement un débat juridique mais aussi sociétale.

Ensuite, d'un point de vue judiciaire, la portée du texte est incertaine, notamment quant à la sanction des violences exercées. La loi adoptée a vocation à répondre aux observations et critiques du Défenseur des droits et aussi, sinon surtout, à celles du Conseil de l'Europe, qui a affirmé dans un avis que « le Comité européen des droits sociaux du Conseil de l'Europe considère que le droit français ne prévoit pas d'interdiction suffisamment claire, contraignante et précise des châtiments corporels infligés aux enfants ni par la loi ni par la jurisprudence ». Or, cette affirmation est fautive sinon étonnante puisque des textes du droit français absorbent assurément et efficacement les violences exercées par des parents sur leurs enfants. Nos juges appliquent quotidiennement – et malheureusement – les articles R. 624-1 du Code pénal (sur les violences légères) et les articles 222- 13 et 222-14 du Code pénal pour les violences les plus graves sur mineur. D'autres dispositions du Code pénal peuvent également trouver à s'appliquer, sans oublier que le Code civil prévoit toutes les mesures d'assistance éducative destinées à protéger l'enfant en danger (art. 375 et s. C. civ.). Autrement dit, la loi nouvelle n'apporte rien ou presque au droit positif sur ce point.

Enfin, le texte semble intervenir comme un point final d'une époque révolue : l'autorité parentale n'est plus ce simple constat d'un pouvoir du père ou des parents sur l'enfant. L'autorité parentale s'exerce dans l'intérêt de l'enfant (art. 371-1 C. civ.). Le développement des droits de l'enfant, le renforcement des mesures d'assistance éducative et, plus généralement, le déploiement de mesures d'ordre public destinées à encadrer l'autorité parentale révèlent que le droit protège l'enfant, y compris dans la sphère privée. Auparavant considéré comme un pouvoir quasi-discrétionnaire, l'autorité parentale – laquelle porte désormais bien mal son nom – n'est plus qu'un ensemble de devoirs et d'obligations. Mais, peut-être que cette vision est trop idéaliste, car le texte ne nie pas tout droit de correction (lequel a parfois été reconnu expressément par les juges, V. par ex. CA Douai, 29 octobre 2008). Si le législateur avait effectivement la volonté de prôner définitivement une nouvelle conception de la famille et du rapport parents-enfant (à l'instar de ce que le droit scandinave – notamment suédois – prévoit), alors il aurait fallu aller plus loin et effectivement dans le sens d'un bris d'usage et de jurisprudence.

En conclusion, nonobstant la pertinence ou l'absence de pertinence sociologique du texte, peu importe que l'on soit « pour » ou « contre » la fessée, l'on ne peut que déplorer un texte imprécis, un texte en demi-teinte et, au final, un texte sans portée. Beaucoup de bruit pour rien... tel est le résultat lorsque la loi est adoptée dans un but uniquement symbolique et non prescriptif.

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

L'article du mois

La réduction du prix de l'article 1223 du Code civil : une fausse sanction ? un vrai remède ?

Droit civil
Valentine HABERMAN
Juriste

INTRODUCTION

La modernisation du droit des contrats n'était qu'un des objectifs assignés à la réforme de la matière par l'ordonnance du 10 février 2016 et par la loi du 20 avril 2018. Deux autres ambitions étaient clairement affichées : d'un côté, la sécurité juridique passant notamment par la consolidation du droit des contrats et la consécration dans la loi des principaux acquis prétoriens ; de l'autre, l'efficacité des dispositifs assurant idéalement l'exécution des contrats. C'est dans ces perspectives que le droit de l'inexécution contractuelle a été réformé : l'article 1217 nouveau du Code civil porte désormais cinq sanctions, désignées remèdes, en cas d'inexécution contractuelle : l'exception d'inexécution, l'exécution forcée en nature, la réduction du prix, la résolution et la responsabilité contractuelle.

Débats terminologiques : une première question survient à l'aune de cette liste : s'agit-il de sanctions ou de remèdes ? Par tradition et habitude, le juriste répondrait qu'il s'agit de sanctions. Cette réponse est d'autant plus naturelle que le régime applicable aux contrats repose sur leur obligatorité. La finalité des contrats est leur exécution. Leur inexécution est une anomalie. Ce qui a été promis est dû ; l'inexécution contractuelle est donc une faute, sauf circonstances exceptionnelles comme en cas de force majeure. Autre raison d'y voir des sanctions, l'article 1217 alinéa 2 du Code civil les désigne ainsi. Pourtant, que cela soit dans les travaux préparatoires de l'ordonnance de 2016, dans le rapport adressé au Président de la

République quant à l'élaboration de ce texte ou encore dans le cadre des discussions parlementaires quant à la loi de ratification (et de modification) du 20 avril 2018, ces cinq voies d'action sont désignées remèdes et non sanctions.

Faut-il y voir seulement une formule ? Doit-on dépasser la différence terminologique pour n'y voir qu'une finesse stylistique ? S'agit-il d'un simple euphémisme de nature à ne pas conférer une coloration trop punitive à un droit civil et notamment un droit des contrats qui se tournent résolument vers la médiation et la résolution amiable des conflits ? Au contraire, faut-il y voir une réelle différence philosophique entre la lettre (une sanction) et l'esprit (un remède) de la loi ? Faut-il considérer que les mécanismes portés par l'article 1217 du Code civil ont une vocation non à sanctionner mais à remédier à une situation anormale afin de permettre au contrat de produire sinon tous ses effets, au moins de réaliser pour partie la volonté des contractants ? Il n'y a pas de réponses définitives à ces interrogations. Ce n'est qu'à l'usage judiciaire, que l'article 1217 du Code civil révélera son paradigme, que les mécanismes en cause révéleront leur véritable nature.

S'il faut donc patienter pour connaître de la mise en œuvre de ce dispositif par la Cour régulatrice, pour que son expertise en dessine les exacts contours, il est possible de s'interroger modestement à l'aune de l'un de ces mécanismes, celui qui constitue une nouveauté de la réforme du droit des contrats : la réduction du prix. Le prisme de ce remède ou de cette sanction renseigne d'autant plus que le dispositif relatif à la réduction du prix a évolué dans sa lettre, dans son esprit et dans sa finalité entre 2016 et 2018. Et l'évolution est considérable comme en témoigne la lecture des deux textes.

Les textes : En effet, l'article 1223 du Code civil porté par l'ordonnance de 2016 (version en vigueur du 1^{er} octobre 2016 au 1^{er} octobre 2018) prévoyait que « *Le créancier peut, après mise en*

demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix. S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais ». Dans sa version depuis le 1^{er} octobre 2018, issue de la loi du 20 avril 2018, l'article 1223 du Code civil dispose qu'« En cas d'exécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure et s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix. L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit. Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix ».

Affirmations problématiques : Tant l'exégèse que l'interprétation téléologique des deux formules sont riches d'enseignement. D'une part, le texte porté par l'Ordonnance de 2016 ne peut aucunement permettre de qualifier la réduction de prix de sanction, tant le dispositif porté est d'une totale innocuité pour le débiteur défaillant. D'autre part, l'article 1223 du Code civil issu de la loi du 20 avril 2018 peut résolument être envisagé comme un remède dès lors, qu'en certaines hypothèses au moins, il peut garantir une certaine satisfaction au créancier malgré l'inexécution.

Parce qu'il s'agit d'affirmations prospectives qui ne sauraient être vues comme « gratuites », elles seront éprouvées à l'aune d'un exemple. Il s'agit de se prêter au jeu du cas pratique. Partons dès lors d'une situation factuelle assez anodine :

Les faits et la demande : *Brigitte a commandé une piscine à la Société DeepAzur. La livraison de la piscine dans son état final était contractuellement prévue au 1^{er} juin. Brigitte a payé une première partie du prix – 40% du montant total – lors de la signature de la convention et avant le début des travaux. Une deuxième partie du prix – à nouveau, 40% du montant total – doit être payée au 1^{er} avril, au cours des travaux. Le solde – soit évidemment, 20% du prix – doit être versé après la livraison. Alors que des retards dans les travaux peuvent être aisément constatés (pour l'instant, on ne constate qu'un immense trou dans son si beau jardin), la Société DeepAzur notifie le 1^{er} avril à*

Brigitte que la piscine sera finalement livrée dans un état utilisable le 1^{er} septembre, tout en l'enjoignant d'honorer le deuxième paiement. Par quels moyens Brigitte peut-elle espérer une solution satisfaisante (ce qui passe par une livraison de sa piscine au plus tôt, puisqu'elle aimerait bien en profiter tant qu'il fait beau) ?

Observations liminaires : avant même d'entamer l'analyse de la situation à l'aune « des articles » 1223 de 2016 et 2018, il convient d'envisager rapidement les autres sanctions ou remèdes portés par l'article 1217 du Code civil, dès lors qu'il est constant que le retard pris au cours des travaux et la reprogrammation de la livraison constituent une inexécution contractuelle de la part du débiteur de l'installation, la Société DeepAzur. D'abord, envisager la possibilité pour Brigitte d'invoquer une exception d'inexécution (de l'article 1219 du Code civil) afin d'échapper à son obligation de payer tant que le prestataire n'a pas exécuté, ne constitue pas une solution pertinente puisque la conséquence est la suspension du contrat et non son exécution. Ensuite, l'exécution forcée en nature des articles 1221 et 1222 du Code civil offrent des perspectives *a priori* salutaires pour Brigitte car elle peut demander au juge de forcer la société DeepAzur à exécuter le contrat dans les temps, voire demander au juge que la prestation du débiteur défaillant soit exécutée par un tiers. Il faut pour cela une mise en demeure préalable adressée par Brigitte à la société DeepAzur. Si la perspective est intéressante, il faut encore que Brigitte trouve à faire exécuter le contrat par un tiers et qu'elle paye celui-ci ; car demander au juge de commander à la société DeepAzur d'avancer les fonds nécessite de patienter le temps d'obtenir une décision judiciaire. Encore, la résolution des articles 1224 et suivants du Code civil, peu importe son mode (conventionnelle, unilatérale ou encore judiciaire) ne peut aucunement servir la volonté de Brigitte de voir sa piscine réalisée et livrée. Enfin, la responsabilité contractuelle des articles 1231-1 et suivants du Code civil offre évidemment la possibilité à Brigitte d'obtenir la réparation de ses préjudices consécutifs au retard de livraison (au premier rang desquels, on trouve un préjudice de jouissance), mais cela ne lui permettra pas d'en profiter au plus tôt. La responsabilité contractuelle de la société DeepAzur pourra en

toutes hypothèses être recherchée par Brigitte cumulativement aux autres sanctions.

Annnonce de plan : Reste à envisager la réduction du prix comme remède/sanction de nature à satisfaire Brigitte. Envisageons, dans un premier temps, la réduction du prix sous l'angle de l'ordonnance de 2016 et, dans un second temps, la réduction du prix dont le régime a été revu par la loi de 2018. La méthode choisie pour comparer la réduction sollicitée (I) et la réduction notifiée (II) commande de faire l'exégèse de ces textes, d'envisager leur application à la situation de Brigitte et conséquemment leur efficacité.

I – SOLLICITER UNE REDUCTION DU PRIX N'EST PAS UNE SANCTION (ART. 1223 C. CIV. DANS SA REDACTION ISSU DE L'ORDONNANCE DU 10 FEVRIER 2016)

Exégèse du texte : dans un premier mouvement, le texte de l'article 1223 du Code civil en vigueur entre le 1^{er} octobre 2016 et le 1^{er} octobre 2018 permet au créancier contractuel, constatant l'inexécution de ses obligations par le débiteur, d'accepter une exécution imparfaite et de solliciter une réduction du prix. Cette double faculté est logiquement conditionnée à une mise en demeure préalable. A ce stade, les termes employés interpellent, notamment l'emploi du terme accepter. *A priori*, envisager l'acceptation d'une partie au stade de l'exécution pourrait révéler un contresens terminologique et juridique, puisque l'acceptation est une manifestation de volonté lors de la formation du contrat. Pourtant, son emploi au sein de l'article 1223 du Code civil sonne comme un aveu : le texte ne fait que constater une vérité pratique et factuelle, à savoir que le créancier peut se contenter d'une inexécution imparfaite, ne pas exiger davantage du débiteur, ne pas chercher à obtenir une exécution parfaite. Autrement dit, le créancier insatisfait accepte une modification du contenu du contrat (une modification de l'obligation de son cocontractant), tout en demandant que le débiteur accepte à son tour une modification de l'obligation du créancier de payer (une diminution du prix). Plutôt qu'une sanction, plutôt qu'un remède, c'est un avenant, une modification du contrat à laquelle les deux parties ont finalement consenti. Dans un second mouvement, correspondant à l'alinéa 2 du texte,

le créancier est appelé à notifier sa décision de réduire le prix au débiteur, s'il ne l'a pas déjà payé. Sur ce point, le mécanisme offre davantage de perspectives, ne serait-ce que par son unilatéralité ; le créancier insatisfait va chercher à imposer son exigence de modification du prix au débiteur défaillant.

Application pratique : Brigitte doit immédiatement mettre en demeure la société DeepAzur. Partant, Brigitte peut simplement accepter le retard dans l'exécution et elle réceptionnera sa piscine, le 1^{er} septembre. Elle pourra demander une réduction du prix, mais si la société DeepAzur ne donne pas suite à cette demande, Brigitte n'aura d'autres choix que d'agir sur un autre fondement – par exemple, la responsabilité contractuelle – non, pour obtenir satisfaction, mais aux fins de compensation. Certes, Brigitte n'a pas encore payé, mais si elle ne le fait pas, les travaux s'arrêteront.

II – NOTIFIER UNE REDUCTION DU PRIX PEUT ETRE UN REMEDE (ART. 1223 C. CIV. DANS SA REDACTION ISSU DE LA LOI DU 20 AVRIL 2018)

Exégèse du texte : A titre liminaire, relevons que le texte issu de la loi de ratification de 2018 maintient logiquement la condition liminaire d'une mise en demeure préalable du débiteur par le créancier, en cas d'exécution imparfaite de la prestation. Par suite, le texte propose une alternative plus claire que celui adopté par l'ordonnance de 2016. Il est clairement établi deux issues possibles s'ouvrant au créancier. D'un côté, si le créancier n'a pas encore payé la totalité ou une partie de la prestation, le créancier peut notifier sa décision de réduire le prix. Il doit s'exécuter dans les meilleurs délais et décider d'une réduction proportionnelle. En apparence, la première partie du texte porte un remède efficace, en proposant une décision unilatérale du créancier qui va s'imposer au débiteur défaillant. Par conséquent, le débiteur n'a *a priori* d'autres choix que d'accepter la réduction notifiée ou de la contester en devenant demandeur dans le cadre d'une action en paiement. Le texte est davantage cohérent lorsqu'il prévoit que le débiteur peut accepter la réduction (ce n'est plus au créancier d'accepter l'inexécution) ; cependant, cela ne change rien à l'idée que les parties modifient le contenu du

contrat de sorte qu'il s'agit d'une sorte d'avenant. Encore, et les sources de litiges affluent, les moyens de sa contestation sont nombreux tant le texte est imprécis : d'une part, la notification doit être réalisée dans les meilleurs délais, notion toujours vague et nécessairement discutée si le juge est saisi ; d'autre, part, non seulement, le débiteur pourra contester l'inexécution ou l'exécution imparfaite, mais encore contester le montant de la réduction. Derrière l'apparence se dessinent donc de nombreuses raisons de saisir le juge. Enfin, la seconde partie du texte prévoit une évidence : la possibilité, si le prix a déjà été payé, pour le créancier de saisir le juge en réduction du prix (à ne pas confondre avec la réparation des préjudices du créancier sur le fondement de la responsabilité délictuelle). En pareil cas, l'action tendra à la restitution des sommes déjà versées.

Application : A nouveau, Brigitte doit commencer par mettre en demeure la société DeepAzur. Brigitte n'a pas payé l'intégralité de la prestation. Elle peut donc comme dans l'hypothèse précédemment évoquée (sous l'empire de l'article 1223 du Code civil issu de l'ordonnance de 2016), refuser de payer la somme intermédiaire et le solde en notifiant sa décision de réduire le prix de manière proportionnée. Cependant, il est fort à parier que la réaction de la société DeepAzur consistera à arrêter les travaux. La société DeepAzur soulèverait ainsi une exception d'inexécution. Seul le juge qui sera nécessairement saisi en raison de la cristallisation du litige pourra trancher celui-ci, sans doute en faveur de Brigitte. Demeure que la situation judiciaire ne sera pas immédiatement profitable à Brigitte, qui ne profitera pas de sa piscine avant longtemps. Ainsi, encore une fois, le texte n'offre point de solution satisfaisante pour Brigitte. On lui conseillera malgré tout de payer les échéances prévues et exigées par la société DeepAzur ; la piscine livrée, Brigitte pourra demander au juge de réduire le prix (article 1223 al. 2 C. civ.) et cumuler avec une action en responsabilité faisant valoir les préjudices consécutifs au retard (art. 1231-1 C. civ.).

CONCLUSION

La comparaison entre les textes des articles 1223 de 2016 et 2018 révèle des différences considérables. Le texte de 2016 est doté d'une efficacité très incertaine, alors même que sa

nature apparaît inexacte (moins qu'un remède ou une sanction, l'article 1223 du Code civil issu de l'ordonnance de 2016 porte dans la meilleure hypothèse une simple solution amiable, un avenant contractuel accepté par les deux parties). Le texte de 2018 a été heureusement retravaillé dans le sens d'une plus grande satisfaction du créancier ; cependant, il ne faut pas se leurrer, au vrai le texte est doublement source de contentieux. D'une part, le débiteur ne sera peut-être pas d'accord sur le constat de l'inexécution imparfaite et recherchera le prix dans son intégralité ; d'autre part, même s'il convient d'une inexécution imparfaite et du principe d'une réduction du prix, il pourra constater le montant de celle-ci, et la considérer comme disproportionnée (la proportionnalité n'est objectivement que l'affaire du juge ; comment imaginer qu'une partie puisse faire preuve d'une telle objectivité ? Ce qui sera une « juste » réduction pour le créancier, sera souvent considérée excessive par le débiteur). Au final, ce nouveau remède, en apparence moins conflictuel, tend lui-même à être source d'un contentieux conséquent. De manière générale, malgré le développement des solutions alternatives de règlement des différends et des modes amiables de règlement des conflits, il n'est pas certain comme le disait Savatier, que l'on échappe finalement à la saisine du juge pour conclure et trancher le litige.

L'actualité

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2019-783 QPC du 17 mai 2019 : constitutionnalité du cumul des procédures sanctionnatrices en matière d'irrégularité de comptes de campagne

Par arrêt du 19 février 2019, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité posée par les conseils d'un ancien Président de la République et rédigée en ces termes : « *Les dispositions des articles L. 113-1 I 3° du Code électoral et 3 de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962, en leur rédaction applicable aux faits, en ce qu'elles prévoient que les juridictions correctionnelles peuvent poursuivre et prononcer des sanctions à l'égard de candidats ayant préalablement été sanctionnés pour les mêmes faits de dépassement du plafond des dépenses électorales, méconnaissent-elles l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 relatif au principe de nécessité et de proportionnalité des peines et au principe ne bis in idem qui en découle ensemble l'article 16 de la même Déclaration ?* ». Selon elle, en effet, la question posée présentait un caractère sérieux, dès lors que l'application des dispositions critiquées est susceptible, lorsque le Conseil constitutionnel a préalablement sanctionné un candidat pour dépassement du plafond des dépenses électorales, de porter atteinte au principe de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines résultant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (Cass. crim., 19 février 2019, n° 18-86.428).

Néanmoins, dans sa décision du 17 mai 2019, le Conseil constitutionnel déclare les dispositions contestées conformes aux droits et libertés constitutionnellement garantis. Pour ce faire, les Sages rappellent que les principes de

nécessité et de proportionnalité des délits et des peines ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions pénales mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition. Pour autant, le principe de nécessité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature différente en application de corps de règles distincts. Par ailleurs, si l'éventualité que deux procédures soient engagées peut conduire à un cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues.

En l'espèce, le Conseil constitutionnel souligne qu'en application des deux premiers alinéas du paragraphe II de l'article 3 de la loi du 6 novembre 1962 et de l'article L. 52-11 du Code électoral, les candidats à l'élection du Président de la République sont tenus, au cours de la campagne, de respecter un plafond des dépenses électorales. Lorsque la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques constate un dépassement de ce plafond par un candidat, celui-ci est, en vertu des dispositions contestées du sixième alinéa du même paragraphe II, tenu de verser au Trésor public une somme égale au montant du dépassement. En application du paragraphe III du même article 3, la décision de cette commission peut faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant le Conseil constitutionnel par le candidat en cause. En outre, en application des dispositions contestées du premier alinéa du paragraphe II du même article, qui renvoient au 3° du paragraphe I de l'article L. 113-1 du Code électoral, le candidat ayant dépassé le plafond des dépenses électorales encourt également une amende de 3 750 euros et une peine d'emprisonnement d'un an. Par conséquent, les Sages estiment que les dispositions contestées tendent à réprimer de mêmes faits qualifiés de manière identique.

Cependant, selon le Conseil, en premier lieu, la sanction financière prononcée par la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques intervient à l'issue de l'examen par cette commission, sous le contrôle du Conseil constitutionnel, des comptes de campagne de chacun des candidats à l'élection du Président de la République. En conférant à cette sanction un caractère systématique et en prévoyant que son montant est égal au dépassement du plafond des dépenses électorales, le législateur a entendu assurer le bon déroulement de l'élection du Président de la République et, en particulier, l'égalité entre les candidats au cours de la campagne électorale. En revanche, en instaurant une répression pénale des mêmes faits, qui exige un élément intentionnel et permet de tenir compte des circonstances de l'infraction et d'adapter la sévérité de la peine à la gravité de ces faits, le législateur a entendu sanctionner les éventuels manquements à la probité des candidats et des élus. Est ainsi soulignée la complémentarité des procédures en cause. En second lieu, selon les Sages, la sanction prononcée par la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques est une pénalité financière, strictement égale au montant du dépassement constaté. Sa nature est donc différente de la peine d'emprisonnement encourue par le candidat poursuivi pour le délit de dépassement du plafond des dépenses électorales.

En conséquence, les deux répressions prévues par les dispositions contestées relèvent de corps de règles qui protègent des intérêts sociaux distincts aux fins de sanctions de nature différente. Le grief tiré de la méconnaissance du principe de nécessité et de proportionnalité des peines doit donc être écarté. Cette décision s'inscrit dans le prolongement de celle du 24 juin 2016 aux termes de laquelle, dans certaines hypothèses, le principe de nécessité des délits et des peines peut faire obstacle à des cumuls de poursuites, sous réserve, notamment, que la nature de l'objectif poursuivi et sanctions applicables dans le cadre des deux procédures soient similaires (Cons. const., déc. n^{os} 2016-545 QPC et 2016-546 QPC du 24 juin 2016), ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cons. const., déc. n° 2019-785 QPC du 24 mai 2019 : constitutionnalité des règles relatives à la prescription des infractions continues

Par arrêt du 28 février 2019, le Conseil d'État a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité posée à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir formé contre un décret d'extradition. Cette question portait sur la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des dispositions du 5° de l'article 696-4 du Code de procédure pénale, aux termes desquelles l'extradition ne doit pas être accordée, notamment, lorsque, d'après la loi de l'Etat requérant ou la loi française, la prescription de l'action s'est trouvée acquise antérieurement à la demande d'extradition, et de l'article 7 du même Code, encadrant la prescription de l'action publique, telles qu'elles sont interprétées par la jurisprudence. Selon le Conseil d'État, cette question doit être regardée comme nouvelle dès lors que le requérant se prévaut notamment de ce qu'existerait un principe fondamental reconnu par les lois de la République imposant au législateur de prévoir un délai de prescription de l'action publique pour les infractions dont la nature n'est pas d'être imprescriptible, notamment pour les infractions continues.

Dans sa décision du 24 mai 2019, le Conseil constitutionnel déclare les dispositions contestées conformes aux droits et libertés constitutionnellement garantis. Pour ce faire, les Sages soulignent qu'en application desdites dispositions contestées, le délai de prescription de l'action publique en matière de crimes court à compter du jour où le crime a été commis, mais que, selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation, la prescription des infractions continues, dont l'élément matériel se prolonge dans le temps par la réitération constante de la volonté coupable de l'auteur, ne court qu'à partir du jour où elles ont pris fin dans leurs actes

constitutifs et dans leurs effets. Pour autant, ils rappellent que, si, dans leur très grande majorité, les textes pris en matière de procédure pénale dans la législation républicaine intervenue avant l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946 comportent des dispositions relatives à la prescription de l'action publique en matière criminelle, la prescription a été écartée, deux fois au moins, par la loi du 9 mars 1928, portant révision du Code de justice militaire pour l'armée de terre, et par celle du 13 janvier 1938, portant révision du Code de justice militaire pour l'armée de mer. Dès lors, selon les Sages, le principe invoqué ne saurait être regardé comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

Néanmoins, selon le Conseil, il résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, qui prévoit les principes de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines, et de l'article 16 de la même Déclaration, relatif à la garantie des droits, « *un principe selon lequel, en matière pénale, il appartient au législateur, afin de tenir compte des conséquences attachées à l'écoulement du temps, de fixer des règles relatives à la prescription de l'action publique qui ne soient pas manifestement inadaptées à la nature ou à la gravité des infractions* ». À ce propos, le Conseil souligne que les dispositions contestées ont pour seul effet de fixer le point de départ du délai de prescription des infractions continues au jour où l'infraction a pris fin dans ses actes constitutifs et dans ses effets. En prévoyant que ces infractions ne peuvent commencer à se prescrire tant qu'elles sont en train de se commettre, les dispositions contestées fixent des règles qui ne sont pas manifestement inadaptées à la nature de ces infractions. Par ailleurs, contrairement à ce que soutient le requérant, il ne résulte pas de ces dispositions une impossibilité pour une personne poursuivie pour une infraction continue de démontrer que cette infraction a pris fin, le juge pénal appréciant souverainement les éléments qui lui sont soumis afin de déterminer la date à laquelle l'infraction a cessé.

Cette décision est d'importance puisque c'est la première fois que le Conseil constitutionnel déduit des droits et libertés constitutionnellement garantis une forme de « *droit à l'oubli* » pour la personne mise en

cause, au prisme de la prescription de l'action publique.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 12 juin 2019, n° 18-83.396 : règle « *non bis in idem* » et obligation de motivation des peines

En l'espèce, une information judiciaire a été ouverte à la suite, d'une part, de plaintes de personnes âgées pour des abus commis à l'occasion de démarchages à domicile portant soit sur des ventes de chaises et matelas, soit sur des opérations de démoussage de toiture ou de façade, d'autre part, d'un signalement du service de traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins (TRACFIN) relatif aux mouvements constatés sur les comptes bancaires de plusieurs personnes suspectées. À l'issue de l'information, plusieurs de ces personnes ont été renvoyées devant le tribunal correctionnel qui les a déclarées coupables, notamment, de blanchiment habituel du produit des délits de travail dissimulé, d'abus de faiblesse et de fraude fiscale. Ces condamnations ayant été confirmées par la Cour d'appel un pourvoi en cassation a été formé.

Dans son arrêt du 12 juin 2019, la Chambre criminelle de la Cour de cassation rejette, notamment, le moyen du pourvoi relatif à la méconnaissance de la règle « *non bis in idem* ». Pour ce faire, la Haute juridiction judiciaire souligne que, pour déclarer les prévenus coupables de blanchiment habituel du produit des délits de travail dissimulé, d'abus de faiblesse et de fraude fiscale, l'arrêt attaqué énonce qu'ils ont admis avoir en connaissance de cause, d'une part, fait transiter par leurs comptes bancaires des chèques provenant de faits de travail dissimulé avant de retirer les fonds, en espèces, pour les remettre à un certain M. X. et, d'autre part, procédé, à la demande de ce dernier, à des échanges de billets en francs en billets en euros. En outre, pour les déclarer coupables de recel habituel du produit du délit

de travail dissimulé, la Cour d'appel relève que les prévenus ont reconnu avoir bénéficié d'un véhicule payé par M. X. en versant, sur leurs comptes, des chèques de clients de ce dernier avant de solliciter un chèque de banque pour l'achat du véhicule. Ainsi, logiquement, la Chambre criminelle estime qu'en l'état de ces seuls motifs, d'où il résulte que les juges ont retenu des faits matériels distincts de recel et de blanchiment, la Cour d'appel a justifié sa décision sans méconnaître la règle « *non bis in idem* ».

En revanche, s'agissant de l'obligation de motivation des peines prononcées, la Chambre criminelle casse l'arrêt critiqué. En effet, au visa, notamment, des articles 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme – relatif au droit au respect des biens –, 132-1 du Code pénal et 485 et 512 du Code de procédure pénale, elle rappelle qu'en matière correctionnelle, le juge qui prononce une peine doit motiver sa décision au regard des circonstances de l'infraction, de la personnalité et de la situation personnelle de son auteur. Ainsi, hormis le cas où la confiscation, qu'elle soit en nature ou en valeur, porte sur un bien qui, dans sa totalité, constitue le produit ou l'objet de l'infraction, le juge, en ordonnant une telle mesure, doit apprécier le caractère proportionné de l'atteinte portée au droit de propriété de l'intéressé lorsqu'une telle garantie est invoquée ou procéder à cet examen d'office lorsqu'il s'agit d'une confiscation de tout ou partie du patrimoine. Dès lors, il incombe au juge qui décide de confisquer un bien, après s'être assuré de son caractère confiscable en application des conditions légales, de préciser la nature et l'origine de ce bien ainsi que le fondement de la mesure et, le cas échéant, de s'expliquer sur la nécessité et la proportionnalité de l'atteinte portée au droit de propriété du prévenu. Or, en l'espèce, les juges du fond avaient négligé de s'expliquer sur la nécessité et la proportionnalité de des confiscations prononcées.

Cet arrêt constitue un écho de l'évolution récente de la jurisprudence des juridictions françaises imposant désormais au juge répressif de motiver le choix des peines qu'il prononce, non seulement en matière correctionnelle, mais aussi en matières criminelle et contraventionnelle.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 5 juin 2019, n° 18-80.783 : rappels utiles relatifs à l'élément matériel de la complicité

En l'espèce, à l'occasion d'une fouille réalisée dans un centre de détention ont été découverts, dans la cellule occupée par M. Z. un téléphone mobile, une carte SIM, un kit « *mains libres* », de la résine de cannabis, une clé USB ainsi que, dans la cuvette des toilettes, un morceau de papier supportant la mention manuscrite « Planque ton tél. fouille ». A la suite de ces découvertes, une enquête a aussitôt été ouverte au cours de laquelle M. Y., surveillant pénitentiaire, a reconnu être l'auteur du message d'alerte retrouvé dans la cellule et affirmé avoir agi à l'instigation de son collègue M. X. qui a admis sa participation aux faits. À l'issue de l'information judiciaire, M. Z. a été renvoyé devant le tribunal correctionnel pour recel d'objets dont la remise est interdite à un détenu et MM.Y. et X. ont été renvoyés pour complicité de recel. Relaxés par le tribunal correctionnel, au motif que les éléments constitutifs de la complicité n'étaient pas caractérisés, les deux surveillants ont finalement été condamnés par la Cour d'appel.

Dans son arrêt du 5 juin 2019, la Chambre criminelle de la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par ces surveillants pénitentiaires. Pour ce faire, elle souligne que, pour infirmer le jugement et déclarer les prévenus coupables, l'arrêt retient, d'une part, qu'à la demande de M. X., M. Y. a alerté M. Z. et lui a enjoint, aux termes du mot glissé sous la porte, de dissimuler son téléphone et, d'autre part, que les surveillants, en informant le détenu du caractère imminent d'une fouille et en lui donnant le temps nécessaire à la dissimulation des objets, ont tous deux accompli un acte positif favorisant le recel, délit continu, d'objets illicites par ce détenu, peu important que les objets aient finalement été découverts. Ainsi, selon la Haute juridiction judiciaire la Cour d'appel a justifié sa

décision dès lors que, d'une part, le délit de recel étant continu, l'avertissement fourni par les deux prévenus a contribué à faciliter une dissimulation visant à permettre, même sur une courte période et malgré la découverte des objets durant la fouille, la poursuite de la détention illicite caractérisant la complicité du délit de recel retenue par la Cour et, d'autre part, l'aide ou l'assistance apportée, en connaissance de cause, à l'auteur du délit, même par l'intermédiaire d'un autre complice, constitue la complicité incriminée par l'article 121-7 du Code pénal.

Cet arrêt permet d'illustrer, une nouvelle, les exigences, en droit de la complicité, d'un acte positif, causal et antérieur ou concomitant à l'infraction principale punissable.

Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

Cass. crim., 18 juin 2019, n° 18-86.421 : du contrôle des atteintes au droit au respect de la vie privée en matière de lutte contre le trafic de stupéfiants

En l'espèce, à la suite d'une enquête portant sur des faits de trafic de stupéfiants, une information judiciaire a été ouverte au cours de laquelle le juge d'instruction a délivré une commission rogatoire dans l'objectif de permettre l'identification des auteurs du trafic, donnant mission aux enquêteurs de procéder à tous actes utiles à la manifestation de la vérité. Pour l'exécution de cette mission, et après autorisation verbale du juge, une caméra de surveillance a été installée sur la voie publique, à hauteur du domicile de M. X. et d'autres membres de sa famille, que les investigations désignaient comme susceptibles de participer aux faits. Par la suite, l'exploitation des images recueillies a permis de constater des transports suspects et a contribué au progrès de l'enquête. Le juge d'instruction a, par ailleurs, par ordonnance prise au visa de l'article 706-96-1 du Code de procédure pénale, autorisé, en vue de l'installation d'un dispositif de captation

d'images dans le parking souterrain d'un immeuble, les enquêteurs à s'introduire dans ce lieu privé en dehors des heures prévues par l'article 59 dudit Code. Il a enfin autorisé, en application de l'article 230-34 du même Code, la pose d'un dispositif de géolocalisation sur un véhicule automobile utilisé par le requérant et stationné dans un box fermé situé dans ce même parking, et l'introduction à cette fin dans ce lieu privé en dehors des heures prévues par l'article 59 précité. M. X. a été mis en examen des chefs d'infractions à la législation sur les stupéfiants et association de malfaiteurs et a saisi la Chambre de l'instruction d'une requête en nullité d'actes ou de pièces de la procédure.

Dans son arrêt du 18 juin 2019, la Chambre criminelle de la Cour de cassation rejette le pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt de la chambre de l'instruction ayant validé la procédure entreprise. Pour ce faire, elle souligne que, pour écarter le moyen tiré de l'illégalité du dispositif de vidéo-surveillance mis en place, constituant selon le requérant une atteinte au respect de sa vie privée, l'arrêt énonce que ledit dispositif de captation d'images a été installé dans un lieu public dont l'accès ne connaît aucune restriction, qu'il avait pour objectif la surveillance générale de la voie publique, aux abords du domicile d'une personne soupçonnée, et n'entre pas dans le champ de l'article 706-96 du Code de procédure pénale. À ce propos, la Haute juridiction judiciaire considère que l'arrêt n'encourt pas la censure, dès lors que, d'une part, l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée que constitue un tel dispositif présente, par sa nature même, un caractère limité et est proportionnée au regard de l'objectif poursuivi, d'autre part, la Cour de cassation est en mesure de s'assurer, par le contrôle des pièces de la procédure, que le juge d'instruction, qui tire de l'article 81 du Code de procédure pénale, le pouvoir de faire procéder à une vidéo-surveillance sur la voie publique aux fins de rechercher des preuves des infractions dont il est saisi, à l'encontre des personnes soupçonnées de les avoir commises, a, notamment, spécialement autorisé les enquêteurs à installer, pour l'exécution de la commission rogatoire générale qu'il leur avait délivrée, un tel dispositif. De la sorte, est réaffirmée, le nécessaire respect de la garantie judiciaire dans le cadre de la mise en œuvre d'actes d'investigation susceptibles de

porter atteinte au droit au respect de la vie privée.

Par ailleurs, la Chambre criminelle remarque que, pour écarter les moyens de nullité tirés du défaut d'autorisation donnée par le juge des libertés et de la détention aux introductions en dehors des heures prévues par l'article 59 du Code de procédure pénale, d'une part, dans le parking souterrain, en vue de la pose d'un dispositif de captation d'images, d'autre part, dans le box où se trouvait le véhicule devant faire l'objet d'une géolocalisation, l'arrêt énonce que le parking d'un immeuble est constitutif d'un lieu privé et non d'un lieu d'habitation, et qu'il ne saurait davantage être soutenu qu'un box loué par un comparse pour entreposer des marchandises illicites est un lieu d'habitation. La Cour de cassation estime que, par ces motifs, la Chambre de l'instruction a justifié sa décision, dès lors que, ni les espaces de circulation, ni les emplacements de stationnement, ni les boxes fermés du parking souterrain d'un immeuble collectif d'habitation ne constituent des lieux d'habitation au sens des articles 230-34 et 706-96-1 du Code de procédure pénale.

Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1re, 17 avr. 2019, n° 18.14-250 : Révocation du mandataire en cas de faute

Par acte notarié, en date du 22 mai 2013, une personne conclut un mandat de protection future et désigna son épouse, en qualité de mandataire. En 2015, la personne ne pouvant plus pourvoir seul à ses intérêts, le mandat fut mis à exécution. Les descendants nés d'une précédente union de la personne sous protection saisirent le juge des tutelles aux fins d'ouverture d'une mesure de protection judiciaire. Les époux reprochèrent à la cour d'appel de constater que le mandat de protection future ne garantissait plus les intérêts personnels et patrimoniaux de la personne et de le placer sous curatelle renforcée pour une durée de 24 mois en désignant l'Union nationale des

associations familiales en qualité de curateur aux biens. La Cour de cassation rejette le pourvoi. Elle rappelle d'une part que selon l'article 483, 4°, du Code civil, la révocation du mandat de protection future peut être prononcée par le juge des tutelles lorsque son exécution est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant. D'autre part, elle rappelle qu'aux termes de l'article 485, alinéa 1^{er} du Code civil le juge qui met fin au mandat peut ouvrir une mesure de protection juridique. Dès lors, elle retient que justifie légalement sa décision de révoquer le mandat de protection future et d'ouvrir une mesure judiciaire de protection l'arrêt qui relève que le mandataire a manqué à son obligation de bonne gestion en produisant avec retard un inventaire lacunaire, en ne justifiant pas de l'utilisation des sommes importantes prélevées sur les comptes du mandant et en omettant de procéder à la déclaration d'ISF de ce dernier. Ainsi, « *la cour d'appel a souverainement déduit que les intérêts patrimoniaux [du mandant] n'étaient pas suffisamment préservés par le mandat de protection future auquel il devait être mis fin au profit d'une curatelle renforcée, [la mandataire] étant désignée en qualité de curatrice à la personne, au regard des soins apportés à son conjoint* ». Finalement, la Cour de cassation s'en remet au pouvoir souverain des juges du fond pour caractériser le juste motif de révocation du mandat (art. 483, 4 C. civ.) et le fondement de la curatelle renforcée qui assure le maintien de la protection.

Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 2^e, 11 avril 2019, n° 17-31.785 : Le principe de concentration des moyens

Des époux ont consenti au petit-fils de l'épouse une promesse synallagmatique de vente portant sur un immeuble. Dans l'attente de la régularisation de l'acte authentique, les vendeurs ont donné l'immeuble à bail à l'acheteur et son épouse. Toutefois, l'un des

vendeurs décède et la régularisation de l'acte de vente n'intervient pas. Par la suite, la veuve signifie aux locataires un congé pour vente, mais elle décède. Les locataires assignent alors les héritiers afin d'obtenir la nullité du congé pour insanité d'esprit. En première instance, le tribunal d'instance déclare la demande irrecevable en vertu de l'article 414-2 du Code civil, selon lequel seuls les héritiers de la personne protégée peuvent agir en nullité pour insanité d'esprit. De plus, la demande se déclare incompétent au profit du tribunal de grande instance pour apprécier la validité de la promesse de vente et sursoit à statuer sur la validité du congé. Le tribunal de grande instance ainsi que la cour d'appel déclarent la promesse de vente nulle pour insanité d'esprit. À la suite de la reprise de l'instance, devant le tribunal d'instance, les locataires soulèvent l'irrégularité de du congé qui n'a pas été délivré par l'ensemble des coïndivisaires. Toutefois, le tribunal déclare irrecevables les demandes en raison de l'autorité de la chose jugée. En revanche, la cour d'appel retient la nullité du congé. La Cour de cassation, au visa de l'article 1355 du Code civil, censure les juges du fond. Elle retient que s'il incombe au demandeur d'exposer l'ensemble des moyens de nature à fonder sa demande, il doit le faire avant qu'il ne soit statué sur sa demande. Ainsi, dans une même instance, une prétention rejetée ne peut être présentée à nouveau sur un autre fondement. En l'occurrence, les locataires avaient initialement fondé leur demande sur l'insanité d'esprit de l'auteur du congé. Les parties doivent concentrer tous les moyens de droit à l'appui de leurs demandes, avant que le juge ne statue sur ces demandes. Puis, au moment de la reprise de l'instance, ils s'étaient fondés sur les modalités de délivrance du congé. Après que le juge de première instance a statué définitivement sur une demande, par un jugement ne mettant pas fin à l'instance initiale, les parties ont l'interdiction de réitérer devant lui la demande tranchée, en présentant un nouveau moyen de droit.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1^{ère}, 9 janvier 2019, pourvoi n° 18-10.245 : La responsabilité de l'agent immobilier à l'égard du vendeur, auteur d'un dol.

Cette décision apparaît au premier abord d'une extrême sévérité à l'égard de l'agent immobilier et pourtant, elle repose sur une logique indubitable et révèle l'intensité de l'obligation de conseil de l'agent immobilier. En 2010, les époux X. vendent leur bien immobilier par l'entremise d'un agent. La vente est judiciairement annulée en 2015 dès lors que des juges ont constaté que les vendeurs s'étaient rendus coupables d'un dol en n'informant pas les acquéreurs d'un projet de rocade à proximité. Leur bien restitué, ils le revendent pour une somme bien moindre ; ils assignent alors l'agent immobilier en responsabilité. Le couple X est débouté de sa demande par les juges du fond, lesquels ont considéré que les vendeurs n'avaient aucunement besoin du conseil de l'agent immobilier pour se rendre compte que leur silence délibéré avait trompé les acheteurs. De plus, les juges du fond ont souligné que l'agent immobilier étant leur mandataire et non celui des acheteurs, il ne pouvait agir contre leurs intérêts et contre leur volonté. La Haute juridiction censure, sur le fondement de l'ancien article 1147 du Code civil, l'arrêt d'appel. Selon les hauts conseillers, il incombe à un agent immobilier, tenu d'une obligation de conseil, d'informer ses mandants de la nécessité de porter à la connaissance d'un acquéreur tout élément participant à la détermination de son consentement. Partant, la Cour de cassation reproche à la cour d'appel d'avoir écarté la responsabilité de l'agent immobilier. Il est vrai que sur le fondement du droit commun comme sur celui du droit spécial (l'agence immobilière est régie par la loi Hoguet du 2 janvier 1970), l'agent immobilier est tenu, à l'égard de son mandant, d'un devoir de conseil et, qu'à ce titre, l'agent immobilier doit éclairer son mandant non seulement sur les éléments de fait dont il n'aurait pas connaissance, mais également sur

les conséquences et les risques qui s'attachent à l'opération envisagée. Cela implique les risques de ne pas délivrer une information qui est nécessaire à l'engagement du cocontractant.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1^{ère}, 6 février 2019, pourvoi n° 17-20.463 : Nullité d'un contrat en raison de l'illicéité de son objet.

Sur le fondement de l'ancien article 1128 du Code civil, ou sur celui du nouvel article 1162 du Code réformé par l'ordonnance du 10 février 2016, ou encore sur le fondement de l'emblématique et fondamental article 6 du Code civil, le contrat n'est valable qu'à la condition de la licéité de son objet. C'est ce que rappelle la Cour régulatrice lorsqu'elle (ré-)affirme dans la présente décision que « *l'objet d'un contrat doit être licite, à peine de nullité* ». En l'espèce, un ostéopathe charge une société de publicité de diffuser dans un journal un encart publicitaire. Lorsque la société réclame à l'ostéopathe le paiement des sommes correspondants à la publicité réalisée, il refuse. La société l'assigne mais se trouve débouter par les juges du fond, sur des motifs, il est vrai, discutables. La Cour de cassation va alors confirmer la décision rendue en première instance mais en pratiquant une substitution de motifs. Les hauts conseillers rappellent qu'il résulte de l'article 21 du Code de déontologie des professionnels de l'ostéopathie que sont interdits tous procédés directs ou indirects de publicité. Par conséquent, le contrat de publicité est nul en raison du caractère illicite de son objet.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, pourvoi n° 17-23.169 : Ne pas confondre la nullité et la réputation non écrite.

La question n'est pas nouvelle mais elle interpelle toujours. Ne pas confondre la nullité et la réputation non écrite, c'est ne pas confondre la validité et l'efficacité d'une stipulation. Voici en substance ce que la Haute juridiction rappelle dans cette décision. Et la précision est heureuse lorsque l'on constate que le législateur est parfois à la peine pour distinguer, nullité, caducité et réputation non écrite (l'ordonnancement et la lecture des articles 1170, 1171, 1178 ou encore 1186 du Code civil révèlent la confusion du législateur sur ces questions techniques). Certes, en l'espèce, n'était pas en cause l'application de ces textes du Code civil, mais l'application de textes spéciaux du Code de la consommation. Reste que l'enseignement est général. En guise de solution dans la présente affaire, la Cour de cassation décide que ne s'analyse pas en une demande de nullité, la demande tendant à voir réputer non écrite, sur le fondement du texte du Code de la consommation, la clause d'un contrat de prêt prévoyant que la monnaie de compte serait une monnaie étrangère. Contrairement aux vœux (étranges et inutiles) d'une partie de la doctrine, la réputation non écrite ne confine pas à l'inexistence de la stipulation (sinon l'analyse ne serait ni casuistique ni judiciaire, mais définitive). La réputation non écrite s'entend de l'inopposabilité, de la privation d'effets dans la cause. Pour conclure, on se félicitera de la clarté de la solution, laquelle explique également le sens et la portée de l'article 1184 du Code civil selon lequel « *Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles. Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien* ».

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 3^{ème}, 18 avril 2019, pourvoi n°17-24.330 : Le dol au secours de la paisibilité de l'acquéreur immobilier.

Déjà, la Cour de cassation avait considéré que le dol pouvait affecter l'acquisition d'un bien immobilier lorsque des nuisances sonores avaient été dissimulées à l'acquéreur (on se souvient notamment de l'affaire du « dol par sms », Civ. 3^{ème}, 7 avril 2015, Civ. 3^{ème}, 21 décembre 2017). La Cour régulatrice prolonge son raisonnement en matière de conflits de voisinage. En l'espèce, un compromis de vente est signé portant sur l'acquisition d'un appartement. L'acquéreur refuse cependant la réitération de la vente par acte authentique. Le vendeur l'assigne en paiement de la clause pénale ; l'acquéreur renonçant argue du silence gardé par le vendeur quant à l'existence d'une procédure en cours pour des nuisances diverses et répétées du voisin de palier. Les juges du fond rejettent la demande et en sont approuvés par la Haute juridiction. Les juges relèvent que la tranquillité et la sécurité d'un logement sont des éléments déterminants sont des éléments déterminants pour l'achat d'un bien immobilier, d'autant que l'acquéreur s'était effectivement renseigné lors de ses visites sur la qualité des voisins. Or, le vendeur avait assuré à l'acquéreur qu'il n'existait aucun problème de voisinage (dans l'affaire du « dol par sms », l'acquéreur avait eu connaissance des nuisances sonores en lisant un PV d'assemblée générale). Par conséquent, dans la présente décision, la Cour de cassation décide que le vendeur qui dissimule à l'acquéreur un conflit avec le voisin de palier, commet un dol entraînant la nullité de la promesse de vente.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1^{ère}, 15 mai 2019, pourvoi n°18-18.167 : L'association est avant tout un contrat.

Quelle est la nature première d'une association ? Telle est la question posée à la Cour de cassation dans cette affaire. Et sans surprise, mais avec force, la Haute juridiction a rappelé la nature contractuelle fondamentale de l'association. En l'espèce, le président d'une association adresse à l'un de ses adhérents un courrier l'informant du non-renouvellement de sa licence en raison de son comportement dangereux et contraire au règlement intérieur. L'adhérent visé saisit le juge afin d'obtenir sa réintégration et une indemnisation. Il est débouté par les juges du fond, lesquels estiment la décision du comité directeur de l'association et du président légitime au regard de l'imprudence de l'adhérent. Mais la Cour régulatrice censure l'arrêt d'appel sur le fondement des articles 1134 (ancien) du Code civil, et des articles 1^{er} et 6 de la loi 1^{er} juillet 1901. Aussi, les conseillers décident que « *en se déterminant ainsi, sans constater que les statuts de l'association conféraient à son président le pouvoir de s'opposer au renouvellement de l'adhésion de l'un de ses membres, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». En l'occurrence, les statuts prévoyaient certes une possible exclusion disciplinaire sous conditions d'adhérent mais non l'hypothèse d'un non-renouvellement. S'opposer au renouvellement d'une adhésion à une association est une prérogative que la présidence d'une association ne peut détenir qu'en vertu des statuts. La portée de l'arrêt est donc évidente : la loi contractuelle – ici, les statuts – régit la relation entre l'association et ses adhérents. La force obligatoire des statuts commandent donc au fonctionnement de l'association et aux droits et obligations des adhérents. Ainsi, l'association est avant tout un contrat, ce qui n'étonnera guère dès lors que, rappelons-le, la loi du 1^{er} juillet 1901 est relative au contrat d'association.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1^{ère}, 15 mai 2019, pourvoi n° 18-15.379 : Rappel d'une condition de caractérisation de la gestion d'affaires. Point d'obligation préexistante.

Voici un rappel d'une jurisprudence constante : la qualification de gestion d'affaires suppose que le gérant a agi « *sans y être tenu* ». Son intervention doit être facultative (Civ. 3^{ème}, 16 octobre 2013) et il ne saurait avoir agi en exécution d'une obligation légale (Com. 13 janvier 2015). C'est dans le droit fil de cette jurisprudence consacrée par la réforme du droit des contrats (art. 1301 nouveau C. civ.) que prend place la présente décision. En l'espèce, une société a emprunté une somme d'argent à une banque ; le dirigeant social et ses beaux-parents se sont portés caution de la créance de remboursement. Quelques temps plus tard, la société est placée en liquidation faisant défaut à son obligation de paiement des échéances. Actionnées par la banque, les cautions sont condamnées judiciairement au remboursement. Par suite, un accord est trouvé entre toutes les parties et le père du dirigeant social, aux termes duquel ce dernier s'engage à payer une partie de la dette. Ce qu'il fait, avant d'assigner les beaux-parents de son fils en remboursement sur le fondement de la gestion d'affaires. Les conseillers d'appel font droit à ses demandes en retenant la qualification de gestion d'affaires considérant que le père du dirigeant n'était pas tenu de s'immiscer dans l'affaire, qu'il est intervenu volontairement et de manière utile aux parties. Rendue au visa de l'ancien article 1372 du Code civil (mais la solution vaut d'autant sur le fondement de l'article 1301 nouveau), la décision de censure de la Haute juridiction porte un principe limpide : « *la gestion d'affaires, qui implique l'intention du gérant d'agir pour le compte et dans l'intérêt du maître de l'affaire, est incompatible avec l'exécution d'une obligation contractuelle* ». La solution est logique : le gérant ne doit pas être préalablement tenu par une obligation, nonobstant qu'elle soit légale ou

conventionnelle. En l'occurrence, la signature entre les parties d'un protocole d'accord relatif au règlement partiel de la dette exclut la qualification de gestion d'affaires. Le paiement réalisé par le père du dirigeant social a été réalisé en exécution de cet accord transactionnel.

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1^{ère}, 22 mai 2019, pourvoi n° 18-14.063 : L'étendue du principe de réparation intégrale du préjudice englobe l'assistance familiale bénévole de la victime.

Voici une nouvelle occasion pour la Cour de cassation de rappeler le principe de réparation intégrale du préjudice sans perte ni profit pour la victime (c'est précisément le fondement visé par la Haute juridiction dans la présente décision). En l'espèce, l'exploitante d'un centre équestre a reçu des soins orthodontistes, à la suite desquels elle présente différents troubles qui ont notamment entraîné une diminution de ses capacités professionnelles. Par suite, elle a eu besoin de novembre 2008 jusqu'à la consolidation de son état pour exploiter son centre équestre et qui lui a été apportée par son mari. Autrement dit, son mari précédemment licencié, lui a apporté une assistance bénévole. La patiente assigne le médecin en responsabilité et indemnisation, demandant notamment (c'est la seule chose qui nous intéresse ici) la perte de certains de ses gains professionnels et l'indemnisation de l'assistance de son mari. Les juges du fond rejettent la demande considérant, d'une part, que l'aide bénévole de son mari a compensé sa perte de gains professionnels et, d'autre part, que l'assistance bénévole de son mari ne saurait constituer un préjudice indemnisable. L'arrêt est censuré sur le fondement du principe de réparation intégrale du préjudice : les hauts conseillers décident qu'« *en statuant ainsi, alors, d'une part, qu'il résultait de ses constatations qu'à la suite de la faute commise par le praticien, Mme K... avait eu besoin d'être aidée dans l'exploitation du centre*

équestre et que, sans l'aide apportée par son époux, soit elle aurait dû exposer des frais pour bénéficier d'une assistance, soit elle aurait subi une perte de gains professionnels, d'autre part, que l'indemnisation de son préjudice ne pouvait être subordonnée à la production de justificatifs des dépenses effectives, le caractère bénévole de l'assistance familiale dont elle avait bénéficié n'étant pas discuté, la cour d'appel a violé le principe susvisé ».

Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1^{ère}, 29 mai 2019, pourvoi n° 18-16.999 : Sale temps pour le contrat de révélation successorale.

Le contrat de révélation successorale en vertu duquel un généalogiste informe une personne d'une succession dont elle serait le bénéficiaire moyennant rémunération est valablement causé dès lors que s'il est établi que sans l'intervention du généalogiste l'existence de la succession ne serait pas normalement parvenue à la connaissance de l'héritière (Civ. 18 avril 1953 ; Civ. 1^{ère}, 20 janvier 2010). Ainsi, bien que suspect à certains égards, les contrats de révélation successorale sont, par principe, valables. Quant à leur exécution, la Cour de cassation applique sa jurisprudence classique sur la révision des honoraires à la rémunération des généalogistes (Civ. 1^{ère}, 5 mai 1998 ; Civ. 1^{ère}, 6 juin 2012 : dans ce dernier arrêt, la Cour régulatrice impose expressément aux juges du fond de rechercher si « *nonobstant la réalité des démarches accomplies, les honoraires réclamés par la société n'étaient pas excessifs au regard du service rendu* »). Tout cela relève du régime contractuel, ce qui implique qu'une convention a été passée entre le généalogiste et l'héritier en cause. Lorsque ce n'est pas le cas, la situation de fait – à défaut de volonté, il ne s'agit pas d'un acte, mais d'un fait – peut être caractérisé de gestion d'affaires (on saisit l'idée d'un généalogiste, le gérant, qui a réalisé des recherches et démarches dans l'intérêt de

l'héritier, le géré). Tel est le premier enseignement repris dans la présente décision. La Cour de cassation va plus loin allant sur le terrain du régime applicable en décidant que « *en cas de gestion d'affaires, l'article 1375 (ancien) du Code civil n'accorde au gérant que le remboursement des dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites, mais non le paiement d'une rémunération, quand bien même il aurait agi à l'occasion de sa profession* ». Remboursement n'est pas rémunération ! La Cour de cassation applique avec une grande cohérence le droit de la gestion d'affaires, ce qui distingue ce quasi-contrat de son équivalent contractuel.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 3^{ème}, 11 octobre 2018, pourvoi n° 17-23.902 : Le respect d'une clause d'exclusivité dans un centre commercial.

Voici une nouvelle illustration d'un contentieux abondant en matière de baux commerciaux à l'intérieur d'un centre commercial. Que peut faire le preneur qui s'est fait consentir une clause d'exclusivité par le bailleur d'un centre commercial qui autorise l'installation d'un commerçant concurrent dans l'enceinte ? En l'espèce, le preneur d'un bail commercial sur un local situé dans un centre commercial exploite une activité de « *bowling avec pub* » et bénéficie dans le contrat d'une clause d'exclusivité. Quelques temps plus tard, le bailleur consent à un autre commerçant un bail pour exploiter une activité de pub ; de sorte que les deux activités sont concurrentes (ce point n'est pas discuté). Que peut faire le premier preneur ? La Cour de cassation répond à cette question : le bénéficiaire d'une clause d'exclusivité peut demander à son bailleur « *de faire respecter cette clause par son autre locataire, même si celui-ci n'était pas partie au contrat contenant cette stipulation* ». Partant, « *la violation par le bailleur de la clause d'exclusivité caractérise un trouble manifestement illicite* », et justifie sa

condamnation « *sous astreinte à faire cesser l'activité contraire à la clause d'exclusivité* », par le juge des référés.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 1^{ère}, 6 décembre 2018, Avis, pourvoi n° 18-70.011 : La capacité commerciale du majeur sous curatelle en question.

La procédure d'avis se révèle toujours aussi pertinente pour résoudre des problématiques à la fois théoriques et pratiques, notamment lorsqu'elles se situent au carrefour de plusieurs matières. Tel est le cas, en l'occurrence, puisque la Cour de cassation est interrogée sur la conciliation entre le droit des personnes vulnérables et le droit commercial. Précisément, en l'espèce, un majeur sous curatelle souhaitait exercer une activité professionnelle sous la forme de la micro-entreprise. Le juge des tutelles compétent saisit la Cour régulatrice pour avis l'interrogeant sur le point de savoir si un majeur bénéficiant d'une mesure de protection judiciaire d'assistance (curatelle simple ou renforcée) peut exercer une activité commerciale, artisanale ou libérale sous la forme d'auto-entreprise. Dans son avis, la Haute juridiction répond de manière positive : « *aucune disposition n'interdit à la personne en curatelle d'exercer le commerce mais qu'elle doit, aux termes de l'article 467 précité, être assistée de son curateur pour les actes de disposition* ». Partant, « *aucun texte n'interdit à une personne en curatelle d'exercer une activité d'« apporteur d'affaires en agence immobilière » sous le régime de la micro-entreprise* ».

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 12 décembre 2018, pourvoi n° 16-15.257 : Les conventions de management et le droit des sociétés.

Les conventions de management éveillent la suspicion en droit des contrats comme en droit des sociétés. Pour rappel, dans un arrêt important Com. 23 octobre 2012, la Cour de cassation avait dit nulle pour défaut de cause (de contrepartie) la convention conclue entre une société et l'EURL constituée par l'un de ses dirigeants, ayant pour objet le conseil et le management d'entreprise, en raison de l'identité de missions entre le mandat social et le contrat de conseil. La question revient devant la Haute juridiction dans la présente affaire. Les faits ne sont pas essentiels, c'est la solution qui importe : la Cour de cassation rejette le pourvoi contre un arrêt ayant donné pleine efficacité à une convention de management conclue entre la société tête de groupe et une société créée par le président d'une SASU, sous-filiale. On comprend donc que la solution de 2012, c'est-à-dire la nullité de la convention de management, n'est pas irrémédiable. En l'espèce, la convention est valable selon les hauts conseillers, lesquels s'appuient sur les constatations des juges du fond qui ont établi, d'une part, que le contenu de la convention de services ne recoupait pas le mandat social ; d'autre part, qu'étaient intervenues quatre personnes distinctes et autonomes. Il apparaît donc évident que le contrat de prestation ne se confond pas avec le mandat social. Par ailleurs, on relèvera que le mandat social était exercé sans rémunération, un élément factuel qui a sans doute joué dans la décision des juges et qui explique également que la procédure des conventions réglementées n'ait pas été suivie sans que cela entraîne la nullité sur le fondement du droit des sociétés.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Civ. 3^{ème}, 21 février 2019, pourvoi n° 18-11.109 : L'indemnité d'occupation est due en cas de jouissance des lieux en vertu d'un contrat de bail annulé.

La question est intéressante en ce qu'elles mêlent des questions de droit commun des contrats et de droit commercial. Précisément, la question posée à la Cour de cassation portait sur le jeu des restitutions en cas de bail commercial annulé. Un preneur agit en nullité juste après la conclusion du bail ; il refuse même de commencer l'exploitation du local car il apprend qu'un concurrent va s'installer dans le local mitoyen. Le contrat est effectivement annulé sur le fondement des vices du consentement. Le bailleur demande le paiement d'une indemnité pour le temps où le preneur a eu la jouissance des lieux, nonobstant l'absence d'exploitation commerciale du local. Alors que les juges du fond avaient débouté le bailleur, la Cour de cassation fait droit à sa demande en décidant qu'à la suite de l'annulation du bail, le preneur ayant bénéficié de la jouissance des lieux est tenu de verser une indemnité d'occupation au bailleur, en dépit même de l'absence d'exploitation commerciale. La solution est constante en jurisprudence (Civ. 3^{ème}, 8 juillet 2015) et pérenne puisque désormais l'article 1352-3 du Code civil dispose, en son alinéa 1^{er}, que « *La restitution inclut les fruits et la valeur de la jouissance que la chose a procurée* ».

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 6 mars 2019, pourvoi n° 17-26.605 : EIRL et théorie de l'apparence.

L'exercice en EIRL ne protège pas de manière absolue. Il ne suffit pas de faire une déclaration d'affectation du patrimoine ; encore faut-il s'en prévaloir. En l'espèce, M. X, un électricien, exerce sous la forme EIRL. Rencontrant des difficultés, il déclare son état de cessation des paiements. Dans son « dépôt de bilan », il ne précise pas l'exercice sous forme d'EIRL ni son nom commercial, mais uniquement son nom patronymique. Par suite, au cours de la procédure, précisément lors de la conversion du redressement en liquidation, une banque déclare sa créance relative à l'emprunt réalisé par M. X pour le financement de son logement personnel. La créance est rejetée en raison de son absence de lien avec l'activité exercée et donc avec le patrimoine affecté. Les juges du fond confirment la décision des organes de la procédure. Mais la Cour régulatrice censure, sur le fondement des articles L. 526-6 alinéa 4 et L. 622-24 du Code de commerce, la décision de rejet : la déclaration de créance de la banque est valable car le tribunal a ouvert la procédure à l'encontre de M. X, sans distinguer entre les patrimoines. Autrement dit, depuis le début de la procédure, les patrimoines personnel et affecté se confondent en apparence ; le créancier – en l'occurrence, il s'agit de la banque – peut opposer cette apparence au débiteur et aux organes de la procédure.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Proposition de loi de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, modifiée par l'Assemblée nationale en première lecture, le 27 mars 2019 : Modernisation des règles en matière de démembrements sociaux.

Le texte proposé ambitionne de modifier l'article 1844 du Code civil tout en intégrant une partie de la jurisprudence en la matière (Com. 4 janvier 1994, *De Gaste* ; Civ. 2^{ème}, 13 juillet 2005 ; etc.). Le nouveau dispositif serait articulé en trois temps : d'abord, le texte préciserait que le droit

de participer aux décisions collectives, d'ordre public, appartient au nu-propiétaire et à l'usufruitier ; ensuite, sans évolution par rapport au texte actuel, le droit de vote appartient à l'usufruitier pour les décisions concernant l'affectation des bénéfiques, sans que l'on puisse déroger à ce principe ; enfin, pour toutes les autres décisions, le droit de vote appartient en principe au nu-propiétaire, mais le nu-propiétaire et l'usufruitier pourraient convenir que le droit de vote sera exercé par l'usufruitier.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Arrêté du 9 avril 2019 relatif à la signature électronique des décisions rendues par les tribunaux de commerce : « *Le tribunal de commerce digital* ».

L'accès numérique à la justice constitue un objectif toujours plus évident ; ce sont désormais les tribunaux de commerce qui deviennent accessibles par voie digitale aux justiciables. Désormais, le juge commercial peut être saisi en ligne ; les commerçants et autres justiciables dont la cause est examinée par le juge commercial pourront également suivre l'évolution et le déroulement des procédures qui les concernent. La mise en place du système est pilotée par le Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce. La modernisation est heureuse mais il est aussi envisagé qu'elle ait un impact économique : la simplification de la saisine pourrait permettre aux entreprises d'agir plus facilement aux fins de recouvrement des dettes et autres retards de paiement.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Com. 10 avril 2019, pourvoi n° 17-28.834 : Que devient la société créée de fait une fois révélée ?

Dans cet arrêt, la Cour de cassation rappelle les règles relatives à la dissolution de la société créée de fait. Sur le fondement des articles 1872-2 et 1873 du Code civil, la Haute juridiction souligne que la dissolution d'une société créée de fait peut résulter à tout moment d'une notification adressée à tous les associés par l'un d'eux, pourvu que cette notification soit de bonne foi, et non faite à contretemps. L'idée du dispositif légal et prétorien mis en place est de garantir les associés que la dissolution de la société créée de fait ne sera pas instrumentalisée et ne profitera pas à l'un au détriment des autres. On retrouve ici donc le contrôle du comportement des parties, notamment au travers de l'exigence de bonne foi, que l'on connaît en droit des contrats ou encore en matière d'indivision. A noter que c'est à celui qui prétend que la notification a été faite de mauvaise foi ou à contretemps de prouver ses allégations.

Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

Loi PACTE du 22 mai 2019 (Loi n° 2019-486 relative à la croissance et la transformation des entreprises). Les mesures à retenir.

Nous avons décrypté le projet de loi PACTE dans le BMA 2018/40 du CRISP. La loi PACTE a été adoptée le 22 mai 2019 (après la censure de quelques dispositions d'importance mineure ou moyenne par la Conseil constitutionnel, Déc. n° 2019-781 du 16 mai 2019). Insistons désormais sur quatre mesures essentielles de la loi :

***Les mesures destinées à promouvoir le statut de l'EIRL.** On le sait, malgré ses nombreux avantages, l'EIRL est un échec, car il a été peu adopté en pratique par les entrepreneurs qui pourraient pourtant prétendre à la protection offerte. La première mesure incitative est administrative est formelle, puisque lors de la création de son entreprise, l'entrepreneur devra formellement choisir entre l'exercice sous forme d'un simple entrepreneur individuel et l'exercice sous le statut d'EIRL. Deuxième mesure utile : la loi commande un allègement des formalités d'affectation du patrimoine. Avant la loi PACTE, en vertu du désormais ancien article L. 526-7 du Code de commerce, l'entrepreneur devait déposer au RCS (pour les commerçants, ou un autre registre de publicité légale pour les autres professions), une déclaration d'affectation dûment complétée d'un état descriptif des biens affectés. Désormais, le texte de l'article L. 526-7 du Code de commerce, les entrepreneurs qui ne sont pas tenus d'un dépôt en raison de leur profession, pourront faire une simple déclaration au greffe (sans publicité légale donc). Encore, l'article L. 526-8 également révisé par la loi PACTE prévoit qu'en l'absence de bien, droit, obligation ou sûretés affectés, l'établissement de l'état descriptif ne sera plus nécessaire. Autrement dit, on peut parfaitement considérer qu'un entrepreneur commence son activité avec un patrimoine affecté d'une valeur nulle. Par ailleurs, le Code de commerce était jusqu'à présent lacunaire s'agissant de la question du retrait d'un bien de son affectation professionnelle par l'entrepreneur. Cette lacune – des plus considérables, il faut bien l'avouer – est désormais comblée par le nouvel article L. 526-6, alinéa 2 lequel dispose « *Ce patrimoine (...) peut comprendre également les biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utilisés pour l'exercice de son activité professionnelle, qu'il décide d'y affecter et qu'il peut ensuite décider de retirer du patrimoine affecté* ». Les modalités de retrait vont dépendre des biens en cause. Ne pourront pas être retirés ceux qui sont nécessaires à l'activité (ce qui découle *a contrario* du texte de l'article L. 526-6 et qui aurait mérité d'être dit de manière exprès). Le retrait des autres biens devra obéir aux prescriptions des articles L. 526-9 et L. 526-10 du code ainsi qu'à des dispositions réglementaires d'ajout. Enfin, le législateur a

porté des mesures favorables en cas de difficultés de l'entrepreneur en EIRL : c'est au niveau des sanctions que la loi PACTE porte le principal dispositif incitatif, puisque l'entrepreneur sous EIRL ne pourra plus voir son patrimoine affecté réuni avec son patrimoine personnel, même en cas de manquement grave de l'entrepreneur aux règles d'affectation. Cette dernière mesure intervient donc comme un bris de jurisprudence (Com. 7 février 2018, dans lequel la Cour de cassation avait opté pour une réunion des patrimoines). Toujours au titre des sanctions, l'entrepreneur ne pourra plus faire l'objet d'une faillite personnelle même lorsqu'il a disposé des biens affectés comme s'il était compris dans son patrimoine personnel (art. L. 653-3 C. com.). Après tous ces efforts (dont certains étonnent...) du législateur pour renforcer un statut déjà très protecteur, force est de constater que tout entrepreneur a effectivement intérêt à se placer sous le statut de l'EIRL, plutôt que de s'installer en tant que simple entrepreneur individuel.

***Les mesures de modernisation des actions de préférence.** Elles sont au principal au nombre de deux. D'une part, il est désormais possible de retirer le droit préférentiel de souscription à toutes les actions comportant une limitation des droits financiers (art. L. 228-11 C. com.). D'autre part, et surtout, on assiste à une nouvelle dichotomie en matière de régime des actions de préférence. Il faudra désormais distinguer entre les actions de préférence cotées et les actions de préférence émises dans les sociétés non cotées. Les premières demeureront soumises aux prescriptions portées jusque là dans le Code de commerce s'agissant des règles de proportionnalité entre le vote et le capital représenté, des règles d'attribution d'un vote double aux seules actions nominatives de plus de deux ans, etc. Ces prescriptions restrictives ne concerneront désormais plus les actions de préférence non cotées émises à compter de la loi.

***Les mesures relatives à la nomination des dirigeants sociaux.** Cela n'est pas la principale mesure de la loi PACTE, mais elle a le mérite de l'originalité. La promotion de la lutte contre les discriminations dépasse une nouvelle fois le champ de l'espace public pour pénétrer le

domaine privé et le droit des sociétés. Est connue l'interdiction des discriminations à l'embauche (art. L. 1132-1 C. trav. ; art. 225-1 C. pénal). Désormais, l'article L. 1132-1 C. trav. prévoit également l'interdiction des discriminations en matière de procédures de nomination, notamment aux fonctions sociales exécutives.

***Les mesures favorables au débiteur en matière de procédures collectives et de bail commercial.** Depuis la loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde, en cas de procédure collective ouverte à l'encontre d'un preneur à bail et de cession de ce bail, la clause de solidarité entre le cédant et le cessionnaire quant aux dettes du locataire était réputée non écrite. La raison de ce dispositif était d'éviter la contamination des difficultés d'un preneur à un autre. Pourtant, la pratique – notamment les bailleurs professionnels – a contourné partiellement ce dispositif de neutralisation, en insérant dans les baux commerciaux, des clauses de solidarité ne concernant que les loyers échus au jour de la cession. La loi PACTE (art. L. 642-7 C. com.) neutralise ces clauses également.

***Les mesures portant réforme de la procédure de liquidation judiciaire.** Il s'agit assurément d'un apport considérable de la loi « PACTE », déjà évoqué dans ces colonnes (BMA CRISP n°2018/40). La loi PACTE a pour objectif une plus grande efficacité de la procédure de liquidation judiciaire, et particulièrement des mesures relatives à la liquidation judiciaire simplifiée : celle-ci devient obligatoire pour les petites et moyennes entreprises qui ne dépassent pas certains seuils, notamment qui n'emploie pas plus de 5 salariés et qui ne font pas plus de 750 000 euros de chiffres d'affaires. De plus, au risque de la tautologie, on notera que la loi PACTE simplifie davantage encore la procédure de liquidation simplifiée. Avant la loi PACTE, la procédure de liquidation simplifiée devait être clôturée dans un délai de 6 mois lorsqu'elle était obligatoire, d'un an si elle était facultative ; ces délais pouvant être prorogés de 3 mois. Si cette prorogation est toujours possible, le délai est dans tous les cas de 6 mois, sauf une exception : en cas de dépassement des seuils fixés.

***La définition des moyennes entreprises dans le décret du 29 mai 2019 pris en application de la loi PACTE.** Attention cette notion est créée non pour répondre aux seuils précédemment évoqués relatifs à la liquidation judiciaire mais pour des raisons d'allègement des obligations comptables et fiscales des entreprises. C'est ainsi qu'est instituée une nouvelle catégorie d'entreprise, celle des moyennes entreprises. Sont des moyennes entreprises les commerçants, personnes physiques ou personnes morales, pour lesquels, au titre du dernier exercice comptable clos et sur une base annuelle, deux des trois seuils suivants, dont le niveau et les modalités de calcul sont fixés par décret, ne sont pas dépassés : le total du bilan, le montant net du chiffre d'affaires ou le nombre moyen de salariés employés au cours de l'exercice (art. L. 123-16, al. 4 C. com.). Le décret d'application du 29 mai 2019 (décret pris en application de la loi PACTE) prévoit les seuils de définition suivants pour les moyennes entreprises : le total du bilan est fixé à un plafond de 20 millions d'euros, le montant net du chiffre d'affaires à 40 millions d'euros et le nombre moyen de salariés employés au cours de l'exercice à 250 (art. D. 123-200, al. 4 C. com.). Se trouve étendue aux moyennes entreprises ce qui apparaissait jusqu'alors un privilège des seules petites entreprises : la possibilité d'établir le compte de résultat sous forme simplifiée et de publier, pour des raisons de confidentialité, une version simplifiée du bilan comptable (art. L. 123-16, al. 2 C. com.).

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 opérerait 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

Vers une extension du domaine du préjudice d'anxiété lié à l'exposition de l'amiante : Ass. plén., 5 avril 2019, n° 18-17442.

L'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 a créé un régime particulier de préretraite permettant notamment aux salariés ou anciens salariés des établissements de fabrication de matériaux contenant de l'amiante figurant sur une liste établie par arrêté ministériel, de percevoir, sous certaines conditions, une allocation de cessation anticipée d'activité (ACAATA), sous réserve qu'ils cessent toute activité professionnelle. Des salariés titulaires de cette allocation ont réorienté leur demande vers la réparation d'un préjudice d'anxiété de développer une pathologie grave du fait de leur exposition aux poussières d'amiante. Si en 2010, la Cour de cassation a admis la réparation d'un préjudice spécifique d'anxiété, tenant à l'inquiétude permanente générée par le risque de déclaration

à tout moment d'une maladie liée à l'amiante, elle a reconnu ce droit à réparation au bénéfice des seuls salariés ayant travaillé dans un des établissements mentionnés dans la loi de 1998 et un arrêté ministériel pris sur son fondement (Cass. soc. 11 mai 2010 n° 09-42241). Dès lors, le salarié qui n'avait pas travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi de 1998, ne pouvait prétendre à l'indemnisation d'un préjudice moral au titre de son exposition à l'amiante, y compris sur le fondement d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité (Cass. soc., 26 avril 2017, n° 15-19037, Bull. n° 71). En l'espèce, un salarié d'EDF, estimant avoir été exposé à l'inhalation de fibres d'amiante durant son activité professionnelle, a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir des dommages-intérêts en réparation d'un préjudice d'anxiété et pour manquement de son employeur à son obligation de sécurité de résultat. La Cour d'appel de Paris accueille favorablement la demande du salarié et condamne la société à lui payer la somme de 10.000 euros à titre de dommages-intérêts, en réparation de son préjudice d'anxiété. L'Assemblée plénière rejette le pourvoi formé par l'employeur, et relève « *que de nombreux salariés, qui ne remplissent pas les conditions prévues par l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 modifiée ou dont l'employeur n'est pas inscrit sur la liste fixée par arrêté ministériel, ont pu être exposés à l'inhalation de poussières d'amiante dans des conditions de nature à compromettre gravement leur santé* ». Elle en déduit « *que dans ces circonstances, il y a lieu d'admettre, en application des règles de droit commun régissant l'obligation de sécurité de l'employeur, que le salarié qui justifie d'une exposition à l'amiante, générant un risque élevé de développer une pathologie grave, peut agir contre son employeur, pour manquement de ce dernier à son obligation de sécurité, quand bien même il n'aurait pas travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 modifiée* ». C'est donc bien un revirement de jurisprudence, comme l'indique d'ailleurs la Cour de cassation elle-même dans son communiqué. Désormais, l'indemnisation du préjudice d'anxiété n'est plus réservée aux salariés susceptibles de bénéficier de la préretraite amiante. Elle est ouverte à tout travailleur exposé à l'amiante, à la condition

cependant qu'il justifie de son préjudice. L'employeur pourra s'exonérer de sa responsabilité s'il prouve qu'il a respecté son obligation de sécurité, en mettant en œuvre les mesures visées aux articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail.

Notons enfin qu'une affaire concernant plus de 800 salariés exposés à des produits cancérogènes (la silice, le benzène, le formol, les HAP, le trichloroéthylène, les poussières de bois, les rayonnements ionisants, les PCB, les métaux cancérogènes etc...) est actuellement pendante devant la Cour de cassation. Les hauts magistrats devront bientôt répondre à la question de savoir si un préjudice d'anxiété peut être reconnu à des salariés du fait de leur exposition non à l'amiante, mais à d'autres produits dangereux. L'invocation du préjudice d'anxiété pourrait bien poursuivre son expansion ...

Droit social

Stéphane VERNAC

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

Caducité d'un accord collectif du fait de la loi ?
Cass. soc. 26 juin 2019 (n°17-28.287 à 17-28292 ; n°18-10953).

Selon l'article 1186 du code civil, un contrat n'est caduc que lorsque son exécution est devenue impossible du fait de la disparition d'un de ses éléments essentiels. Dans quelles hypothèses un accord collectif peut-il devenir caduc ? La Cour de cassation a par exemple admis la caducité d'un accord collectif conclu en application de la loi du 11 juin 1996 de réduction du temps de travail visant à favoriser la création d'emplois, devenu caduc dès lors que le plan de cession arrêté par le tribunal de commerce prévoyait des licenciements et entraînait en conséquence la disparition des aides publiques (Cass. soc. 17 juin 2003, n°01-15710). Cet accord collectif avait ainsi perdu son objet. En revanche, une décision unilatérale de l'employeur ne peut pas rendre caduc un accord collectif (Cass. soc. 28 janvier 2015, n°14-14935). Dans l'affaire ayant donné lieu à un arrêt rendu le 26 juin 2019, un accord

collectif avait été signé au sein d'une société, intitulé "accord sur la prime de partage des profits", en application expresse d'une loi de finances du 28 juillet 2011 instaurant une prime de partage obligatoire des profits dans les entreprises d'au moins cinquante salariés. L'accord collectif prévoyait le montant de la prime, les bénéficiaires, le fait que la prime était exonérée de cotisations en application de la loi précitée, et était conclu pour une durée indéterminée. La loi de financement de la sécurité sociale du 22 décembre 2014 ayant abrogé la disposition légale instituant la prime de partage des profits obligatoire, l'employeur estimait que l'accord était devenu caduc de droit. Dès lors, l'abrogation de dispositions législatives, ayant pour effet de faire perdre un avantage à l'employeur, rend-elle caduc de plein droit l'accord collectif instituant ladite prime ? La Cour de cassation écarte ici toute caducité, et juge que si un accord collectif peut devenir caduc, il ne suffit pas que son exécution soit devenue plus onéreuse notamment en raison de l'abrogation d'un texte légal qui avait imposé une prime et un système d'exonération de charges.

Droit social

Stéphane VERNAC

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

Conventionnalité du barème des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse : « Avis » de tempête ?

Le barème de l'indemnité due par l'employeur en cas de licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, posé à l'article L. 1235-3 du Code du travail, a fait couler beaucoup d'encre. Le Conseil de prud'hommes de Louviers a sollicité le 10 avril 2019, l'avis de la Cour de cassation, sur la conventionnalité du barème posé par l'article L. 1235-3 du Code du travail au droit international et européen, et en particulier à deux textes. D'une part, l'article 10 de la convention 158 de l'OIT prévoit que si les juges « *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 ». D'autre part, l'article 24 de la charte sociale européenne, dont l'effet direct horizontal a été reconnu (Conseil d'Etat 10 février 2014, n° 358992), prévoit que « *en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les parties s'engagent à reconnaître le droit des travailleurs licenciés sans motifs valables à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée* ». D'ores et déjà, plusieurs conseils de prud'hommes ont eu à se prononcer sur la conventionnalité de ce barème, estimant pour les uns que le barème est conforme au droit international (Cons. prud'h. Le Mans 26 septembre 2018 n° 17/00538), ou pour les autres – plus nombreux – que le barème est contraire au droit international et européen (Cons. Prud'h. Troyes 13 décembre 2018 n° 18/00036 ; Cons. prud'h Amiens 19 décembre 2018 n° 18/00040 ; Cons. prud'h Lyon 21 décembre 2018 n° 18/01238, etc.). Rappelons que le comité européen des droits sociaux (CEDS), organe en charge de l'interprétation de la charte sociale européenne, a décidé que la loi finlandaise fixant un plafond de 24 mois d'indemnisation était contraire à ce texte (CEDS 8 septembre 2016 n° 106/2014).

Une première difficulté réside dans la question de savoir si la Cour de cassation peut se prononcer sur la conventionnalité d'un texte dans le cadre de la procédure pour avis. En effet, dans un avis du 12 juillet 2017 (n° 17011), la Cour de cassation avait estimé que la question de la compatibilité de la mise à la retraite, hors l'accord du salarié, avec la convention n°158 de l'OIT « *ne relève pas de la procédure d'avis [...], l'office du juge du fond étant de statuer au préalable sur cette compatibilité* ». Réunis en assemblée plénière le 8 juillet 2019, les hauts magistrats ont annoncé que la Cour de cassation rendrait son avis le 17 juillet. Manifestement, la Cour de cassation se prononcera. Elle devra choisir une méthode d'appréciation de la conformité du texte au droit international. Doit-elle retenir une appréciation *in abstracto* de la

conformité du texte à la convention OIT n°158 et à la charte sociale européenne ? Peut-elle inviter les juges du fond à apprécier eux même la conformité du texte *in concreto*, au regard de la situation factuelle qui est en discussion (ancienneté du salarié, taille de l'entreprise, nature des préjudices en discussion...) ? La Cour de cassation pourrait-elle considérer que l'article 1235-3 du Code du travail est en partie conforme, et en partie contraire au droit international et européen ? A suivre !

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.

Révolte ou révolution ?

Le 14 juillet 1789, apprenant la prise de la Bastille, le Roi Louis XVI, en son Château de Versailles, aurait dit à ses proches conseillers : « C'est une révolte ! ». De son propre aveu, le Duc de la Rochefoucauld l'aurait alors repris, affirmant : « Non Sire ! C'est une révolution ».

Les termes de « révolte » et de « révolution » sont aujourd'hui galvaudés, parfois assimilés, parfois dénaturés. Exagère-t-on lorsque l'on parle de révolte ou de révolution pour désigner des événements récents et l'actualité ? Comment qualifier avec justesse les récentes évolutions de la vie politique ?

Avec Philippe Mazet, professeur de culture générale au sein de l'ISP.

<https://soundcloud.com/prepaisp/revolte-ou-revolution>

L'égalité professionnelle : mythe ou réalité ?

Faut-il encore espérer l'égalité professionnelle au XXIème siècle ? Comment expliquer la persistance des inégalités professionnelles ? Le droit peut-il résoudre cette problématique ? La réponse à cette dernière question s'articule autour de deux principes : l'égalité des droits et l'égalité des chances.

Ne s'agit-il pas de chimères ? L'égalité professionnelle est un objectif de politique publique mais n'est toujours pas une réalité, malgré la prolifération des lois en la matière.

Avec Grégory Portais, professeur de droit public à l'ISP

<https://soundcloud.com/prepaisp/legalite-professionnelle-mythe-ou-realite>

Les finances publiques citoyennes

L'impôt est-il juste ? Tous les citoyens doivent-ils payer l'impôt ? Existe-t-il une justice fiscale ? Ces questions quasi-existentielles pour la cité sont au cœur du débat public. Selon certains, la fracture sociale se mesure aussi à l'aune du paiement de l'impôt.

Par suite, peut-on critiquer l'utilisation par l'Etat de l'argent public ? Existe-t-il un réel contrôle de l'utilisation des finances publiques ? Quel rôle joue le citoyen ?

Les règles modernes de transparence constituent des garanties démocratiques efficaces. Pourtant elles demeurent mal connues, tout comme la notion même de finances publiques citoyennes.

Pour nous éclairer et décortiquer cette notion, nous recevons Nicolas Péhau, professeur à l'ISP

<https://soundcloud.com/prepaisp/les-finances-publiques-citoyennes>

Enjeux politiques et environnementaux : l'exemple du Groenland

Depuis quelques temps, le Groenland est envisagé au travers de l'actualité médiatique, notamment lorsqu'est abordée du réchauffement climatique.

Encore, la situation du Groenland est évoquée lorsqu'est traitée la question géopolitique de l'Arctique.

Votre serviteur ignore tout ou presque de ces questions. Ma curiosité m'a conduit à interroger l'un des enseignants de l'ISP, spécialiste du Groenland. Par suite, mon intérêt éveillé, je l'ai sollicité pour réaliser un podcast.

Avec Benoit Quenedey, énarque, fonctionnaire parlementaire, et enseignant à l'ISP.

<https://soundcloud.com/prepaisp/enjeux-politiques-et-environnementaux-lexemple-du-groenland>



CRISP

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation

