

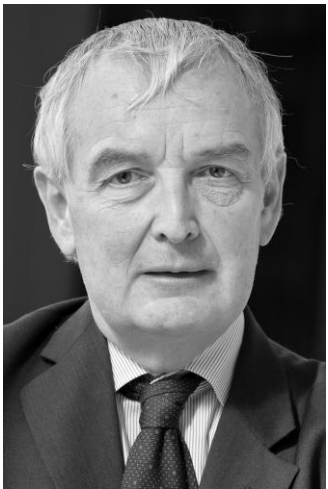
LA GAZETTE

L'ACTUALITÉ JURIDIQUE ET POLITIQUE
DE LA **FACULTÉ DE DROIT**





Alain DEVERS
*Assesseur du Doyen
chargé de l'insertion
professionnelle, des stages
et du Plan Réussite en
Licence*



Hervé CROZE
*Directeur de la Faculté de
Droit Virtuelle*

“ La Gazette de la Faculté de Droit Virtuelle est un des éléments mis à la disposition de tous les étudiants pour favoriser la Réussite en Licence. ”

“ Comme on le constatera, les commentaires sont désormais rattachés à une ou plusieurs rubriques qui correspondent aux matières enseignées.

La priorité est donnée aux matières de Licence.

Des disciplines plus spécialisées, enseignées en Master, peuvent également être représentées.

Les sujets abordés sont choisis en fonction de l'actualité mais aussi de leur apport à la formation fondamentale des étudiants.

Les commentaires sont rédigés dans une perspective pédagogique ce qui explique qu'ils incluent parfois une reformulation de principes qui devraient être connus mais qui ont pu être oubliés.

Les décisions commentées peuvent être choisies en fonction de leur valeur symbolique ou du caractère anecdotique des faits qui favorisera la mémorisation.

Enfin, autant que possible, les différentes matières enseignées en Licence seront également représentées. ”

4 Les actualités juridiques et politiques à signaler

« Quoi de neuf... D'auteur ? » | Le chiffre du mois

5 Droit civil – Droit des obligations

Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats,
Deuxième partie
*Gatien CASU, Maître de conférences en Droit privé, Université Jean
Moulin Lyon 3*

13 Droit de l'Union européenne – Procédure civile

Le Règlement Bruxelles 1 ne régit pas la reconnaissance et
l'exécution, dans un État membre, d'une sentence arbitrale
prononcée par un tribunal arbitral dans un autre État membre
*Hervé CROZE, Professeur des Universités, Avocat honoraire au
Barreau de Lyon*

16 Droit civil – Droit de la famille

Droit et divorce en ligne ne font pas bon ménage
*Marina FOUR-BROMET, diplômée Notaire, Chargée
d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3*

19 L'adoption par le conjoint d'un enfant issu de procréation médicalement assistée

*Stéphanie ARIAGNO-TAMBUTÉ, Doctorante, Chargée
d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3, IEJ*

21 Droit bancaire

La vérification de la légalité du motif d'opposition au paiement d'un
chèque
*Marjolaine BIRARD, Master 2 Recherche Droit des affaires
approfondi*

24 Droit européen – Droits de l'Homme

Pas de droit flou en matière de châtiments corporels
*Marina FOUR-BROMET, diplômée Notaire, Chargée
d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3*

26 L'Actu@lité de l'Université

Rétrospective des Journées du E-Learning des 18 et 19 juin
2015

Avril – Mai 2015

N° 4 et 5

« Toute vérité n'est pas bonne à
croire. »

Beaumarchais
(1732 - 1799)

Les actualités juridiques et politiques à signaler

Quoi de neuf... D'auteur ?

TGI Paris, 21 mai 2015, Société BOWSTIR LIMITED, G. M. / EGOTRADE SARL : Pas de droit d'auteur sans originalité prouvée

Le Code de la propriété intellectuelle protège « *les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* » (art. L. 112-1).

Pour être protégeable, une œuvre doit être un minimum matérialisée (à la différence d'une idée) et originale (empreinte de la personnalité de son auteur, mais pas forcément nouvelle).

En l'espèce, l'auteur de la photographie ne pouvant prouver l'originalité du cliché, il n'est donc pas protégeable par le droit d'auteur. Son utilisation par une entreprise de vente de cigarettes électroniques ne permet pas d'assigner cette dernière en contrefaçon.



Source de la photo : Gered Mankowitz, Jimi Smoking, 1967, Masons Yard Studio, London, <http://www.mankowitz.com>.

Décret n° 2015-545 du 18 mai 2015 pris pour application de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés, prise en application de l'article 3 de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises

L'objet de ce décret est de simplifier et d'harmoniser le droit des sociétés avec les standards européens : opposabilité aux tiers des ventes de parts d'une société, information des actionnaires, convocation électronique à l'AG et traitement des valeurs mobilières.

Décret n° 2015-741 du 24 juin 2015 (articles L. 112-6 et D. 112-3 du Code monétaire et financier), relatif à l'interdiction du paiement en espèces de certaines créances

L'article L. 112-6 du CMF dispose que « *ne peut être effectué en espèces ou au moyen de monnaie électronique le paiement d'une dette supérieure à un montant fixé par décret, tenant compte du lieu du domicile fiscal du débiteur et de la finalité professionnelle ou non de l'opération* ». Ce montant est ainsi fixé à 1 000 € (au lieu de 3 000 €) lorsque le débiteur a son domicile fiscal en France ou agit pour les besoins d'une activité professionnelle et à 15 000 € (inchangé) dans les autres cas.

S
O
C
I
É
T
É
S

C
I
V
I
L

Le chiffre du mois

23 887

Il s'agit du nombre d'enfants nés grâce à la procréation médicalement assistée (PMA) en 2012. Le Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes (HCE) a émis un avis le 26 mai 2015, portant « Contribution au débat sur l'accès à la PMA ». Il souhaite que cette dernière soit possible pour toutes les femmes, « *quelles que soient leur conjugalité et leur sexualité* », afin de garantir l'égalité des droits entre toutes et tous. Pour le consulter, cliquez [ici](#).



Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats

DROIT CIVIL – DROIT DES OBLIGATIONS

Par Gatién CASU
Maître de conférences en Droit privé, Université Jean Moulin Lyon 3

Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

Après un chapitre 1er consacré aux dispositions générales et deux chapitres consacrés respectivement à la formation et à l'interprétation du contrat, le projet d'ordonnance s'intéresse logiquement à la question de ses effets. Quatre sections, placées sous le signe de la rationalisation, leurs sont consacrées. Les deux premières reprennent une dichotomie quasi instinctive distinguant les effets du contrat entre les parties de ceux à l'égard des tiers. Une troisième section, inédite, traite de la durée du contrat. Enfin, le projet conclut ce chapitre par une section consacrée aux remèdes à son inexécution.

I - LES EFFETS DU CONTRAT ENTRE LES PARTIES

Entre les parties, le contrat est susceptible de produire deux effets. Le terme susceptible est important car si l'un des effets est inhérent à tout contrat, le second est réservé à certains d'entre eux.

L'effet partagé par tout contrat relève presque de l'évidence. Le projet de réforme consacre expressément le principe de l'effet obligatoire, participant ainsi à son ancrage explicite dans le Code civil. Il reste évidemment à étudier les potentialités de la notion telle qu'elle a été voulue par les rédacteurs du projet.

Le second effet est, quant à lui, réservé aux contrats dont l'objet est d'aliéner la propriété ou un autre droit. Il s'agit là d'une véritable nouveauté, au moins dans la présentation. Outre leur effet obligatoire, certains contrats disposent d'un effet translatif.

A) Effet obligatoire

Le principe : L'article 1194 du projet de réforme dispose que « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». L'inspiration de cet article est flagrante.

Il apparaît comme une simple réplique de l'article 1134 du Code civil. On notera toutefois la substitution du mot *contrat* au mot *convention*. Bien que la terminologie juridique soit, en principe, d'une importance capitale, il n'y a pas là de quoi tergiverser.

La substitution des termes est une volonté des auteurs qui se diffuse dans l'ensemble du projet de réforme.

La modification de l'article 1134 fait simplement écho à celle de l'article 1101 (définition du contrat) et préfigure celle de l'article 1200 (sur l'effet relatif).

À la manière de l'article 1134, l'article 1194 se dote d'un deuxième alinéa. Là encore, la ressemblance est frappante. Les contrats « *ne peuvent être modifiés ou révoqués que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise* ». Il faut toutefois noter une légère modification par rapport au texte de droit positif. Actuellement, le texte ne prévoit que la révocation consensuelle du contrat ; le projet lui ajoute la modification. Sur le plan matériel, la modification n'apparaît pas utile. Il est convenu depuis longtemps que ce si les parties peuvent révoquer leur contrat, elles peuvent également le modifier. Qui peut le plus, peut le moins. L'ajout n'en demeure pas moins important, témoignage d'une volonté portée par l'ensemble du projet : celle que l'anéantissement du contrat ne doit intervenir qu'à défaut de toute autre solution permettant de le sauvegarder. Ainsi en est-il de la modification.

On pourrait s'attendre à ce que la comparaison entre les articles 1134 du Code civil et 1194 du projet se poursuive dans l'étude d'un troisième alinéa consacré à l'exécution du contrat de bonne foi. Il n'en est rien. L'article 1194 s'arrête là. Est-ce à dire que le projet se prive des potentialités (déjà bien exploitées) de cet alinéa ? Pas du tout. Au contraire, l'idée

que les contrats « doivent être exécutés de bonne foi » a été promue au rang de principe et se retrouve projetée au frontispice du projet de réforme, à l'article 1103.

L'étendue du principe : L'article 1195 n'est qu'une reprise, au mot près, de l'article 1135 du Code civil. Il y a fort à croire que les jurisprudences ambitieuses qu'il a fomentées subsisteront avec lui, voire se développeront davantage.

Les atténuations et exceptions au principe : La nouveauté de ce projet de réforme réside sans conteste dans l'article 1196 qui traite des conséquences d'un changement de circonstances imprévisibles sur l'exécution du contrat. Le sujet est vaste et fluctuant, il est donc nécessaire de délimiter son champ d'application avant d'étudier les solutions qu'il propose.

Conditions : L'article traite du cas où « un changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer la charge... ». Cette formulation appelle trois remarques rapides. Tout d'abord, l'imprévisibilité du changement de circonstances se juge au moment de la conclusion du contrat. Ensuite, ce changement doit rendre l'exécution « excessivement onéreuse », ce dont on peut déduire que l'exécution demeure possible. Dans le cas contraire, ce n'est pas d'imprévision mais de force majeure dont il serait question. Enfin, l'une des parties ne doit pas avoir « accepté d'en assumer la charge », ce dont on peut déduire que les solutions posées par le projet ne sont pas d'ordre public.

Solutions : Ces solutions, justement, quelles sont-elles ? Le projet de réforme fait preuve d'une certaine attention à l'égard d'un contrat dont il veut sauvegarder l'existence coûte que coûte. La volonté des contractants ne doit être contrariée qu'en dernier recours, si les solutions de compromis ont échoué. L'intervention du juge est retardée à son maximum. En cas de changement de circonstances imprévisibles, l'une des parties peut d'abord demander une renégociation du contrat à son contractant, solution qui n'est pas sans rappeler la jurisprudence Huard de la Cour de cassation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander au juge de procéder à l'adaptation du contrat. Certes il y a là une nouvelle immixtion du juge mais, outre qu'elle permet de sauvegarder l'existence du contrat, cette intervention a été préalablement acceptée par l'ensemble des parties. Si cet accord fait

défaut, l'une des parties peut alors saisir le juge pour qu'il mette fin au contrat.

Appréciation : Les dispositions de l'article 1196 témoignent d'un subtil équilibre entre la nécessité de sauvegarder le contrat et le respect de la volonté de ses signataires.

La renégociation et l'adaptation du contrat par le juge témoignent de la volonté de le préserver. Paradoxalement, la possibilité pour l'une des parties de solliciter la résiliation va également en ce sens car le spectre de la résiliation n'est rien d'autre qu'une incitation... à la renégociation.

Contrairement aux apparences, le projet de réforme est donc loin de consacrer la théorie de la révision pour imprévision. Il vient davantage consacrer la jurisprudence actuelle qui n'a pas manqué d'ingéniosité pour sanctionner les déséquilibres nés dans l'exécution du contrat.

B) Effet translatif

Il est intéressant de relever l'insertion d'une sous-section inédite intitulée « effet translatif ». Avant d'en étudier les dispositions, on peut s'interroger sur les raisons même de sa consécration.

Sur la nouvelle distinction : D'apparence anodine, cette nouvelle distinction entre l'effet obligatoire et l'effet translatif est, au contraire, cardinale. La place qui lui est attribuée dans le projet d'ordonnance sonne le glas d'une distinction millénaire : la distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire. La définition du contrat avait donné le ton en abandonnant le fameux triptyque. La volonté se confirme ici de délaisser cette distinction encore obscure et incertaine, source d'une polémique doctrinale intarissable. Le Gouvernement adopte donc une démarche pragmatique. Après avoir étudié l'effet obligatoire commun à l'ensemble des contrats, il s'intéresse plus particulièrement à l'effet translatif « dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou d'un autre droit ». Les questions théoriques sont reléguées au profit du traitement des problèmes pratiques.

Sur les solutions : Les solutions proposées par le projet reprennent souvent celles du droit positif. On distingue trois temps dans cet article 1197 : un principe, une exception et leur conséquence. Le principe, bien connu, est celui du transfert de propriété au moment de la conclusion du contrat. Il s'agit là d'un renvoi implicite à la définition même du contrat et au principe du consensualisme. Il est toutefois

possible de différer le transfert de propriété, soit par la « *volonté des parties* » (il s'agit évidemment de l'hypothèse d'une clause de réserve de propriété), soit par la nature des choses (l'hypothèse recouvre le transfert de propriété des choses de genre, retardé au moment de l'individualisation de la chose), soit par une disposition de la loi. L'effet de ce transfert de propriété n'est pas anodin. Conformément au droit en vigueur, il opère également transfert des risques, sauf si une mise en demeure de livrer la chose a été effectuée.

Enfin, il est impossible de terminer l'étude de cette sous-section sans mentionner l'article 1199. L'intrigue ne vient pas du fond, puisque cette disposition ne fait que reprendre une règle aujourd'hui posée à l'article 1141 du Code civil. « *Lorsque deux acquéreurs successifs d'un même meuble corporel tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a pris possession de ce meuble en premier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi* ». L'interrogation vient d'abord de l'intérêt de cet article dont les conséquences peuvent être déduites du seul article 2276. Et quand bien même cette disposition aurait un intérêt quelconque, on peut encore s'interroger sur la place de cet article dans une sous-section générale relative à « *l'effet translatif* » alors qu'il s'agit davantage du traitement d'un conflit de preuve en matière de propriété mobilière.

II - LES EFFETS DU CONTRAT A L'EGARD DES TIERS

D'un point de vue purement structurel, les dispositions du projet de réforme relatives à l'effet relatif reprennent la logique du Code civil. Au principe succèdent les exceptions. Là toutefois s'arrête la connivence. Les modifications sont importantes, tant s'agissant du premier que des secondes.

Dispositions générales : S'agissant des dispositions générales, l'article 1200 pose le principe de l'effet relatif du contrat. La définition retenue permet de dissiper une équivoque qui date de 1804. En effet, la lettre actuelle de l'article 1165 al. 1^{er} (aux termes duquel « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes* ») est particulièrement générale. L'absolutisme de cette formulation a longtemps créé une confusion malheureuse entre l'effet relatif du contrat et son opposabilité. Tel qu'il est rédigé, l'article 1165 laisse croire que les tiers sont totalement étrangers à la convention signée

entre les parties. Évidemment il n'en est rien. Si les contractants ne peuvent créer de droit ou d'obligation à la charge d'un tiers en dehors des cas prévus par la loi, il n'empêche que les tiers sont en principe tenus de respecter la situation juridique créée par le contrat. L'exemple d'un contrat translatif de droit réel illustre parfaitement cette distinction.

On peut donc saluer l'initiative des rédacteurs du projet qui séparent expressément les deux notions. « *Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties contractantes* », avec pour conséquence que « *les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat, ni se voir contraints de l'exécuter* ». Toutefois, si les tiers sont étrangers aux obligations nées du contrat, celui-ci leur est opposable selon deux manifestations. D'une part, « *les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat* » ; d'autre part, les tiers peuvent « *s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait* ». On peut imaginer par exemple qu'à défaut d'état des lieux lors de son entrée dans l'appartement, le locataire puisse utiliser le contrat de bail et l'état des lieux dressés lors de la sortie du précédent locataire afin de démontrer que les dégradations qui lui sont imputées étaient, en fait, déjà présentes lors de son arrivée.

La succession des principes permet de les mettre en relief pour mieux les distinguer. Le projet de réforme atteint ici son but : celui de systématiser... pour simplifier.

Exceptions à l'effet relatif : Si l'énoncé des principes attire les louanges, les exceptions suscitent quant à elles un sentiment ambivalent, mêlé de bonnes surprises et de regrets.

Les bonnes surprises sont à mettre au compte des dispositions relatives à la stipulation pour autrui. D'un point de vue formel d'abord, l'article 1165 du Code civil procède aujourd'hui par renvoi, une technique bien connue outre-Rhin mais qui est moins familière au juriste français. Il est donc agréable de retrouver, dans le projet, une section regroupant l'ensemble des dispositions touchant à l'effet des contrats à l'égard des tiers. D'un point de vue matériel ensuite, il faut saluer la volonté des rédacteurs du projet de construire un véritable régime juridique de la stipulation pour autrui plutôt que de se contenter de l'énoncé d'une simple définition. Certaines dispositions reprennent une jurisprudence bien établie, ainsi par exemple s'agissant de la libre révocation de la stipulation par le stipulant, du moins tant qu'elle n'est pas devenue définitive par l'acceptation du bénéficiaire. D'autres suscitent davantage l'interrogation. Ainsi, par exemple, s'agissant de la révocation, l'article 1208 prévoit qu'elle peut émaner non

seulement du stipulant, mais également des héritiers de celui-ci. La solution est admise de longue date en jurisprudence malgré la dangerosité de la solution. Les héritiers peuvent être tentés de révoquer la stipulation sans que le bénéficiaire, qui ignore la stipulation à son profit, ne puisse réagir. Sans doute est-ce la raison pour laquelle l'article 1208 prévoit que la révocation par les héritiers ne peut intervenir « *qu'à l'expiration d'un délai de trois mois à compter du jour où ils ont mis le bénéficiaire en demeure de l'accepter* ». Cette incise inspire deux remarques. D'une part, il ne s'agit là que d'une reprise, au mot près, de la solution consacrée en droit des assurances, et plus particulièrement s'agissant d'un contrat d'assurance sur la vie. Après l'influence remarquée du droit de la consommation, il y a là une nouvelle manifestation de l'influence et de la promotion des solutions issues des droits spéciaux en droit civil général. D'autre part, on peut légitimement se demander si, du fait de cette solution, les héritiers ont bien un droit de « *révocation* ». À dire vrai, un droit de révocation qui ne peut s'exercer qu'après l'inertie d'un bénéficiaire refusant d'accepter la stipulation faite à son profit est-il encore un droit de révocation ?

Le regret concerne la promesse de porte-fort, introduite dans cette section relative aux effets du contrat à l'égard des tiers et indirectement présentée comme une exception à l'effet relatif du contrat. Il est malheureux qu'après un travail de clarification important au sujet de l'effet relatif et de l'opposabilité, les rédacteurs sacrifient la logique et l'exactitude juridique au profit d'une présentation formelle harmonieuse. Bien qu'elle soit présentée de concert avec la stipulation pour autrui, la promesse de porte-fort n'est pas une exception à l'effet relatif du contrat. Il ne s'agit jamais que d'un engagement personnel, celui du promettant, d'obtenir le fait d'un tiers au profit du bénéficiaire. Cette promesse ne fait naître aucune dette sur la tête du tiers, elle ne fait naître aucune créance à son profit. Bref, la promesse de porte-fort n'a aucun effet à l'égard du tiers.

III - LA DUREE DU CONTRAT

La troisième section du Chapitre 4 est consacrée à la durée du contrat. Il s'agit d'une section inédite qui vient, pour une large part, codifier à droit constant les solutions jurisprudentielles.

La section s'ouvre sur une affirmation énergique : « *les engagements perpétuels sont prohibés* ». Le projet vient codifier un énoncé jurisprudentiel érigé depuis 1999 au rang de principe constitutionnel. Il s'ensuit qu'un contrat à durée indéterminée peut toujours faire l'objet d'une résiliation unilatérale, sous la réserve du respect d'un délai de préavis raisonnable. Le contrat à durée déterminée doit, quant à lui, être exécuté jusqu'à son terme.

Les dispositions qui suivent ne méritent pas de précision particulière. Simplement peut-on souligner l'insertion, dans le Code civil, de la règle selon laquelle le renouvellement d'un contrat à durée déterminée donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent, mais dont la durée est indéterminée. L'ombre du droit du travail plane évidemment au dessus de cette disposition. Attention toutefois, si la législation sur le contrat de travail a pu l'inspirer, elle ne lui est pas applicable. En effet, l'article 1215 du projet réserve le cas d'une « *disposition légale* » ou d'une « *clause contraire* », or l'article L. 122-1-2 du Code du travail prévoit quant à lui que la requalification ne doit intervenir qu'à compter du troisième contrat à durée déterminée.

IV - L'INEXECUTION DU CONTRAT

Les règles applicables à l'inexécution du contrat sont aujourd'hui disséminées. Le Code civil traite de la responsabilité contractuelle comme étant un effet du contrat alors que la résolution est reléguée à l'étude des obligations conditionnelles. Mieux, l'exception d'inexécution ne fait quant à elle l'objet d'aucune disposition particulière. Le premier mérite du projet de réforme (et non des moindres) consiste donc à lister dans l'article 1217 l'ensemble des voies ouvertes au créancier confronté à l'inexécution, par le débiteur, de ses obligations.

Avant d'entrer dans le détail des actions ouvertes au créancier, le projet leur pose toutefois une limite d'ordre général. Le contrat est résolu de plein droit en cas de force majeure. L'énoncé n'étonne personne, la discussion ne portant guère sur le principe de l'exonération du débiteur, mais plutôt sur la définition de celle-ci. L'intérêt du projet est justement là : de définir les caractères de la force majeure. Celle-ci n'est qualifiée que lorsqu'un « *événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être*

évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation pour le débiteur». En clair, l'événement doit être extérieur au débiteur, imprévisible et irrésistible. Le projet vient donc entériner la position qui semble celle de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation depuis un arrêt remarqué de 2006, lui-même destiné à mettre fin à une opposition entre les chambres civiles.

Chacune des possibilités offertes au créancier pour obtenir l'exécution de l'obligation fait ensuite l'objet d'une sous-section particulière. Le texte s'ouvre sur l'exception d'inexécution, suivie de l'exécution forcée en nature. Le projet consacre ensuite une nouvelle possibilité consistant pour le créancier à solliciter une réduction de prix. Enfin, sont abordées la résolution du contrat et la responsabilité contractuelle.

Si l'article 1217 du projet précise que ces remèdes ne sont pas incompatibles et qu'ils peuvent être cumulés, il n'empêche que l'ordre de leur présentation n'est pas anodin. L'étude de la résolution et de la responsabilité contractuelle est reléguée en fin de section. Le projet de réforme témoigne une fois encore de la volonté de sauver le contrat et de promouvoir coûte que coûte son exécution.

A) L'exception d'inexécution

L'exception d'inexécution fait son entrée dans le Code civil alors qu'il ne s'agissait jusqu'alors que d'une théorie purement jurisprudentielle. Le projet la consacre sous deux formes, à l'occasion de deux articles distincts. Conformément au droit positif, le créancier peut suspendre l'exécution de son obligation en cas de carence de son débiteur ; mais le créancier pourrait dorénavant, en cas d'inertie de son débiteur, refuser purement et simplement d'exécuter son obligation. Le projet consacrerait donc l'idée d'une exception d'inexécution par anticipation.

Cette différence de qualification se poursuit dans l'étude du régime juridique de l'exception d'inexécution. Deux différences peuvent être relevées. Tout d'abord, si les deux articles conditionnent leur application à une inexécution suffisamment grave, l'article 1220 ajoute toutefois que l'inexécution doit être suffisamment grave « *pour elle* » (c'est-à-dire pour la partie qui suspend l'exécution de son obligation). Cette différence de rédaction intrigue. Elle suggère que la gravité de l'inexécution pourrait faire l'objet de deux appréciations différentes selon le cas visé : une appréciation *in concreto* en cas de suspension, par le créancier, de l'exécution de son

obligation ; une appréciation *in abstracto* lorsqu'il s'agit d'apprécier un refus pur et simple d'exécution par le créancier. L'avenir dira si le sentiment se confirme ou s'il est démenti.

Ensuite, l'article 1220 précise que la suspension doit être « *notifiée dans les meilleurs délais* », précision qui fait défaut à l'article 1219. En d'autres termes, le créancier qui stoppe l'exécution de son obligation en raison de l'inertie de son débiteur doit lui en expliquer les raisons. En revanche, celui qui, pour les mêmes raisons, refuse purement et simplement d'exécuter son obligation, n'a pas à en avertir son débiteur. Curieuse manière d'inciter à l'exécution du contrat que d'autoriser l'inexécution des obligations sans explication. Sans doute aurait-il été judicieux d'imposer à la partie qui refuse d'exécuter son obligation une mise en demeure préalable de son débiteur.

B) L'exécution forcée en nature

L'exécution forcée en nature fait également l'objet de deux articles qui se distinguent selon le moyen utilisé pour y parvenir. Soit il s'agit de contraindre le débiteur lui-même, soit il s'agit d'obtenir l'exécution par un autre moyen, notamment en sollicitant les services d'un tiers.

L'article 1221 donne à l'exécution forcée en nature des airs de principe : « *le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature* ». Naturellement, immédiatement après le principe, viennent les exceptions. Elles sont au nombre de deux.

Tout d'abord, le créancier ne peut poursuivre l'exécution forcée de l'obligation « *si cette exécution est impossible* ». La réserve fait l'objet d'une formulation particulièrement large. La généralité de l'exception était toutefois inexorable sitôt que les auteurs du projet ont pris la décision de supprimer toute référence à la distinction tripartite des obligations. Distinguer les obligations de faire, de ne pas faire et de donner avait au moins pour mérite (le seul ?) de fonder la restriction du champ d'application de l'exécution forcée en nature. Orphelins de cette distinction, les rédacteurs du projet ne pouvaient plus limiter le champ de l'exécution forcée en nature qu'au prix d'une réserve générale confinant au truisme : l'exécution est possible, lorsqu'elle n'est pas impossible.

Malgré la généralité de l'article 1121, il y a fort à penser que les juges suprêmes confirmeront purement et simplement une jurisprudence

fermement établie. On songe évidemment à l'impossibilité matérielle de procéder à l'exécution forcée (ainsi, par exemple, lorsque la chose, objet de la vente, a été détruite par la faute du débiteur), mais également à l'impossibilité de procéder à l'exécution forcée lorsque celle-ci obligerait à contraindre le débiteur dans sa personne. En revanche, la question reste entière de l'exécution forcée d'une obligation qui viendrait contraindre moralement le débiteur. Les juges pourraient-ils considérer que l'exécution forcée est impossible à l'égard d'un vendeur ayant cédé sans y réfléchir un objet hérité de longue date et auquel il est maladivement attaché ? La formulation générale de l'article autorise toutes les spéculations.

La seconde exception est encore plus intrigante. L'exécution forcée en nature est impossible « *lorsque son coût est manifestement déraisonnable* ». Une telle limite n'existe pas aujourd'hui, l'exécution forcée étant de droit quelles qu'en soient les conséquences pour le débiteur. L'indétermination et l'imprécision sont ici préjudiciables. Que faut-il entendre par « *coût* » ? Dans le droit fil d'une analyse économique du droit des contrats, s'agit-il du coût purement économique ? Ou bien peut-il s'agir d'un coût apprécié d'une manière davantage personnelle ? Surtout, doit-on faire une analyse objective ou une analyse subjective de ce coût ? L'appréciation doit-elle être globale, notamment en tenant compte des autres remèdes à l'inexécution offerts au créancier, ou bien l'analyse doit-elle être centrée seulement sur l'exécution forcée en nature ? Autant de questions auxquelles la jurisprudence devra répondre, faute pour le Gouvernement d'avoir précisé sa pensée.

La rédaction de l'article 1222 suscite également la réflexion. À première vue, il s'agit d'une reprise condensée des articles 1143 et 1144 du Code civil. L'article dispose en effet qu'« *après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin* ».

À bien y regarder pourtant, la formulation retenue pourrait bien receler une modification d'ampleur. En effet, les articles 1143 et 1144 du Code civil semblent subordonner l'action du créancier à la saisine et l'autorisation d'un juge. Le créancier a « *le droit de demander* » la destruction des constructions érigées par contravention à l'engagement ; il peut « *se faire autoriser* » à détruire par lui-même ce qui a été érigé ; en cas d'inexécution, il peut « *être autorisé* » à faire exécuter lui-même

l'obligation. En contrepoint, la formulation du nouvel article 1222, plus directe, semble habiliter le créancier à agir sur simple mise en demeure. Si une telle interprétation devait se confirmer, le créancier disposerait d'un pouvoir puissant. Il y aurait même de quoi s'en inquiéter, l'action du créancier pouvant facilement dégénérer en voie de fait.

C) La réduction de prix

Le projet d'ordonnance institutionnalise la possibilité, pour le créancier, « *d'accepter une exécution imparfaite du contrat et (de) réduire proportionnellement le prix* ». Il s'agit d'une nouveauté qui suggère deux remarques.

D'une part, cet article ne devrait s'appliquer que lorsque la réduction du prix est imposée par l'une des parties. Dans le cas contraire, il serait difficile de distinguer la réduction de prix du contrat de transaction. On sait que le contrat de transaction est soumis à des contraintes formelles importantes. Le risque serait alors que les parties invoquent l'article 1223 pour s'émanciper de leur rigueur.

D'autre part, la formulation de l'article 1223 suggère que cette réduction devrait s'opérer sur la seule initiative du créancier, sans qu'il soit obligé de saisir préalablement le juge. Le mécanisme serait donc à double détente. La victime de l'inexécution paye partiellement ce qu'elle doit, à charge pour l'exécutant de saisir le juge s'il considère que le travail a été parfaitement réalisé ou que la réduction de prix est disproportionnée par rapport au défaut d'exécution.

En conclusion, le projet reconnaît une pratique courante dont l'objectif est, une fois encore, d'éviter ou de retarder l'émergence du contentieux. Noble cause.

D) La résolution

En quatrième lieu (seulement) vient une sanction importante de l'inexécution : la résolution. Aussi intrigant que cela puisse paraître, le projet de réforme ne procède pas à la définition de cette notion. L'article 1224 du projet entre dans le sujet sans détour, en listant les trois formes de résolution existantes. Cette entrée en matière peut trouver une explication dans la volonté des rédacteurs d'éviter tout débat sur le fondement de la résolution. En effet, le Code civil aborde cette sanction sous le prisme de la condition résolutoire, fondement largement critiqué en doctrine dans la mesure où, contrairement à la condition, l'effectivité de la résolution nécessite en principe l'intervention du juge.

Les rédacteurs du projet ont donc préféré écarter tout débat théorique pour aller à l'essentiel, étudier les différentes formes de résolution.

Les cas de résolution prévus par le projet sont bien connus. Celle-ci peut d'abord être formalisée au moyen d'une clause résolutoire. À défaut de clause, elle peut être décidée unilatéralement par l'une des parties ou être sollicitée du juge.

La clause résolutoire : La disposition consacrée à la clause résolutoire fait preuve d'un certain classicisme. Conformément aux exigences jurisprudentielles, la clause doit être rédigée de manière claire et précise. Quant à sa mise en œuvre, elle est subordonnée à une mise en demeure du débiteur d'exécuter ses obligations, mise en demeure qui doit mentionner de manière apparente la clause résolutoire. Le texte apporte toutefois une précision temporelle. La résolution prend effet au jour de la réception de la notification faite au débiteur.

La résolution unilatérale : L'article 1226 consacre l'hypothèse d'une résolution unilatérale du contrat. Après avoir mis en demeure le débiteur défaillant de s'exécuter et lui avoir expliqué les conséquences de son inexécution, il suffit, pour le créancier, de lui notifier sa décision. Le créancier bénéficie, par conséquent, d'un instrument efficace d'incitation à l'exécution. Toutefois, la résolution unilatérale se fait à ses risques et périls. Le débiteur peut toujours contester la résolution. Il le peut d'autant plus facilement que le projet de réforme aménage les règles de preuve en sa faveur. Bien que le débiteur soit demandeur, il revient au créancier d'établir que la gravité de l'inexécution justifiait la résolution unilatérale.

La résolution judiciaire : En cas d'inexécution de ses obligations par le débiteur, le créancier peut toujours demander la résolution judiciaire. L'article 1227 l'affirme sans équivoque : « *la résolution peut toujours être demandée en justice* ». Le juge n'est toutefois pas tenu de la prononcer. En effet, il peut ordonner l'exécution forcée ou accorder un délai au débiteur. Une fois encore, le projet témoigne de la faveur faite au contrat, dont il faut toujours privilégier l'exécution à l'anéantissement.

Effets de la résolution (principe) : Si les cas de résolution ne portent pas de grande nouveauté, les dispositions relatives à ses effets méritent quelques commentaires. Tout d'abord, le projet de réforme témoigne de la volonté des rédacteurs de rester

étranger aux débats qui animent la doctrine. On sait en effet que l'article 1184 fonde la résolution sur une condition résolutoire. L'article 1183 précise ensuite que cette « *condition résolutoire (...) opère la révocation de l'obligation, et remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé* ». La majorité des auteurs considère que la résolution entraîne l'anéantissement rétroactif du contrat, sauf dans le cas des contrats à exécution successive où la résolution opère alors comme une résiliation, uniquement pour l'avenir. D'autres auteurs considèrent au contraire qu'il est inutile de recourir à la rétroactivité et que d'autres raisons peuvent valablement justifier les restitutions consécutives à la résolution. L'anéantissement rétroactif du contrat n'est qu'une fiction qui, d'ailleurs, ne permet pas d'expliquer pourquoi certaines clauses survivent à la résolution. Conscients de la controverse, les rédacteurs du projet de réforme ont fait preuve d'une grande prudence. À aucun moment la résolution n'est présentée comme ayant un effet « *rétroactif* ». Seule la question des restitutions est abordée, d'une manière d'ailleurs intrigante. Le texte dispose en effet : la résolution « *oblige à restituer les prestations échangées lorsque leur exécution n'a pas été conforme aux obligations respectives des parties ou lorsque l'économie du contrat le commande* ». L'article semble divisé en deux. La première partie laisse croire au caractère obligatoire et systématique des restitutions, avant que la conjonction « *lorsque* » n'opère un basculement et les limite à deux hypothèses. On peut s'interroger sur l'opportunité de ces abstracts, lesquels ne manqueront pas de ravir et de satisfaire le pouvoir interprétatif du juge.

Effets de la résolution (exception) : L'article 1230 achève cette sous-section consacrée à la résolution par une prise de position particulièrement ferme. L'article dispose en effet que la résolution n'affecte « *ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence* ». La formulation retenue permet de lever une équivoque. Depuis un arrêt de la chambre sociale de 1982, les clauses de non-concurrence ne survivraient à la résolution que si les parties en ont manifesté la volonté au moment de la formation du contrat. L'article 1230 ne s'embarrasse pas de cette précision et semble postuler de manière générale la survie des clauses de non-concurrence. Par ailleurs, la formulation retenue (la résolution n'affecte pas les clauses destinées à produire effet même en cas de résolution « *telles...* ») suggère que la clause de non-concurrence et la clause de

confidentialité ne sont énumérées qu'à titre d'exemple d'une catégorie ouverte.

E) La responsabilité contractuelle

Les dispositions relatives à la responsabilité contractuelle sont placées sous le signe de la continuité. Pas de grande surprise, les articles 1231 à 1231-7 étant, pour l'essentiel, directement extraits de notre Code civil.

Les articles 1231 et 1231-1 reprennent au mot près les articles 1146 et 1147. Le premier exige une mise en demeure préalable du débiteur d'exécuter son obligation, le second pose le principe même de la responsabilité contractuelle. Une fois le principe de l'indemnisation affirmé, les articles suivants déterminent son mode de calcul. L'article 1231-2 du projet reprend textuellement l'article 1149 : les dommages et intérêts viennent compenser la perte du débiteur ou le gain qu'il a manqué. Toutefois, conformément à l'article 1150 du Code civil, l'article 1231-3 du projet limite cette indemnisation aux dommages « *qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat* », sauf évidemment le cas de la faute dolosive. Dans ce dernier cas, les caractères direct et immédiat du préjudice constituent la seule limite à la réparation intégrale du créancier. Enfin, l'article 1231-5 du projet, consacré à la clause pénale, reprend pour une bonne part l'article 1152 du Code civil. Il rappelle que si, en cas d'inexécution du contrat, le juge doit en principe prononcer la peine prévue au contrat, il peut toujours la modérer ou l'augmenter si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toutefois, l'article ne s'arrête pas là et traite également du cas de l'exécution partielle de l'engagement. Dans ce cas, le juge peut moduler le montant de la peine à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré

au créancier. L'intérêt de ce pouvoir de modulation est que, contrairement à celui aujourd'hui reconnu au juge, il n'est pas conditionné au caractère disproportionné du montant de la clause pénale.

Les dispositions relatives à la responsabilité contractuelle n'appellent donc pas commentaire particulier, ces dispositions n'étant jamais qu'une pâle reproduction des dispositions actuelles du Code civil. On peut regretter le parti pris des rédacteurs du projet alors que cette réforme était l'occasion de trancher de grands débats doctrinaux ou jurisprudentiels. Cette position des rédacteurs est, au mieux, décevante, au pire dangereuse. Elle est décevante au regard de ce que le juriste attend de toute bonne réforme, à savoir des réponses. La lecture des dispositions laisse un goût d'inachevé. Aucune référence à la distinction des obligations de moyen et de résultat. Aucune disposition sur l'application délicate et controversée de la règle de non-option entre les responsabilités contractuelle et délictuelle. Aucune prise de position sur la nécessité, ou non, de prouver l'existence d'un préjudice. Autant de questions qui demeurent sans réponse textuelle.

Cette prise de position est également dangereuse, car à refuser de codifier l'acquis jurisprudentiel, le lecteur se demande nécessairement si la volonté des rédacteurs n'est pas, justement, de le remettre en cause. Une explication à cette timidité des rédacteurs peut toutefois être avancée. Le Gouvernement n'aurait-il pas simplement différé la réforme de la responsabilité contractuelle dans la mesure où se profile déjà, au loin, une réforme des règles régissant la responsabilité délictuelle ?

G. CASU

Pour lire la première partie de cet article, cliquez sur l'image ci-contre, et allez en page 6.





Le Règlement Bruxelles 1 ne régit pas la reconnaissance et l'exécution, dans un État membre, d'une sentence arbitrale prononcée par un tribunal arbitral dans un autre État membre

DROIT DE L'UNION EUROPEENNE – PROCEDURE CIVILE

Par Hervé CROZE
Professeur des Universités, Avocat honoraire au Barreau de Lyon

CJUE, 13 mai 2015, Aff. C 536/1, Gazprom

« Par suite, la procédure de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale telle que celle en cause au principal relève du droit national et du droit international applicables dans l'État membre dans lequel cette reconnaissance et cette exécution sont demandées... »

C'est un arrêt important qui donne une solution logique dans une affaire complexe pleine de bruit et de fureur. L'intérêt des arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne est que tout est expliqué dedans, ce qui explique leur longueur.

L'histoire

Voici le calendrier de l'affaire :

24 mars 2004 : Gazprom, société russe d'une certaine notoriété (en cyrillique : Газпром), conclut notamment avec l'Etat lituanien un **pacte d'actionnaires** dans le cadre d'une société *Lietuvos dujos* (ce qui, pour qui a fait un peu de lituanien, signifie « gaz lituanien ») incluant une **clause compromissoire** ainsi libellée :

« Tous les litiges, les désaccords ou les objections liés au présent accord ou à sa violation, à sa validité, à son entrée en vigueur ou à sa résiliation sont définitivement résolus par voie d'arbitrage ».

25 mars 2011 : l'Etat lituanien demande au tribunal régional l'ouverture d'une enquête sur les activités d'une personne morale, en l'occurrence la société *Lietuvos dujos*, reprochant notamment à certains dirigeants russes des « activités inappropriées » ;

29 août 2011 : Gazprom demande à l'institut d'arbitrage de la chambre de commerce de Stockholm (personne chargée d'organiser l'arbitrage) la constitution d'un tribunal arbitral pour enjoindre à l'Etat lituanien de mettre fin à la procédure devant le tribunal régional de Vilnius ;



Source de la photo : Thawt Hawthje, Gazprom, Flickr.com.

31 juillet 2012 : sentence arbitrale enjoignant à l'Etat lituanien de cesser les poursuites devant ledit tribunal pour violation de la clause compromissoire ; c'est une injonction de ne pas agir en justice, en anglais **anti-suit injunction**, en lituanien *prieš ieškinys įsakymas* (mais la formule anglaise est plus répandue) ;

3 septembre 2012 : le tribunal régional de Vilnius ouvre une enquête sur *Lietuvos dujos* en considérant que cette question ne pouvait

faire l'objet d'un arbitrage du point de vue du droit lituanien ; il y avait de l'eau dans le gaz... Que croyez-vous qu'il arriva ? Un appel fut interjeté notamment par *Lietuvos dujos* devant l'*apeliacinis teisma* (la cour d'appel !) de Lituanie, tandis que Gazprom en personne demandait la reconnaissance et l'exécution en Lituanie de la sentence interdisant l'action, stratégie judiciaire impeccable...

17 décembre 2012 : ordonnance de la cour d'appel de Lituanie rejetant la demande de reconnaissance et d'exécution de la sentence, notamment pour violation de l'ordre public lituanien et international ;

21 février 2013 : la cour d'appel lituanienne confirme la décision du tribunal régional ordonnant l'ouverture d'une enquête sur les activités de *Lietuvos dujos* ;

Pourvois en cassation devant la Cour suprême lituanienne (*Lietuvos Aukščiausiasis Teismas*).

Les questions

La « juridiction de renvoi » (préjudiciel) est donc ici le juge de cassation (ce qui sonne étrangement en droit français...). Elle saisit la CJUE des questions préjudicielles suivantes :

« 1) Dans l'hypothèse où une juridiction arbitrale émettrait une 'anti-suit injunction' et interdirait de ce fait à une partie de présenter certaines demandes devant une juridiction d'un État membre qui, en vertu des règles de compétence du règlement n° 44/2001, est compétente pour examiner au fond une affaire civile, la juridiction de l'État membre a-t-elle le droit de refuser de reconnaître une telle sentence arbitrale du fait que celle-ci limite le droit de la juridiction de se prononcer elle-même sur sa compétence pour examiner une affaire en vertu des règles de compétence du règlement n° 44/2001 ?

2) En cas de réponse affirmative à la première question, celle-ci serait-elle valide également si l'anti-suit injunction prononcée par la juridiction arbitrale [imposait] à une partie à la procédure de limiter ses prétentions dans une affaire qui est examinée dans un autre État membre et [si] la juridiction de cet État membre [était] compétente pour examiner cette affaire en vertu des règles de compétence du règlement n° 44/2001 ?

3) Une juridiction nationale peut-elle, en souhaitant veiller à la primauté du droit de l'Union et à la pleine efficacité du règlement n° 44/2001, refuser de reconnaître une sentence arbitrale si celle-ci limite le droit

de la juridiction nationale de se prononcer sur sa compétence et ses attributions dans une affaire relevant du champ d'application du règlement n° 44/2001 ? »

La Cour synthétise heureusement cette longue formulation de la façon suivante :

« La juridiction de renvoi demande, en substance, si le règlement n° 44/2001 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'une juridiction d'un État membre reconnaisse et exécute, ou à ce qu'elle refuse de reconnaître et d'exécuter, une sentence arbitrale interdisant à une partie de présenter certaines demandes devant une juridiction de cet État membre. »

(Il doit être observé, comme le rappelle la Cour que le règlement n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale – **Bruxelles I** – a été abrogé par le règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2012 – **Bruxelles I bis** – qui est applicable à partir du 10 janvier 2015. Cependant, le règlement n° 44/2001 demeure applicable à la cause et la solution rendue ne serait pas différente sous l'empire du nouveau règlement qui reprend l'essentiel de l'ancien sous réserve de points de détail).

La solution

La grande chambre de la Cour dit pour droit :

« Le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, doit être interprété en ce sens qu'il **ne s'oppose pas à ce qu'une juridiction d'un État membre reconnaisse et exécute, ni à ce qu'elle refuse de reconnaître et d'exécuter, une sentence arbitrale interdisant à une partie de présenter certaines demandes devant une juridiction de cet État membre**, dans la mesure où ce règlement ne régit pas la reconnaissance et l'exécution, dans un État membre, d'une sentence arbitrale prononcée par un tribunal arbitral dans un autre État membre. »

La motivation

Dégagée des digressions (dont la lecture est cependant pleine d'enseignements pour les

étudiants), la motivation peut se résumer ainsi :

- le règlement n° 44/2001 (Bruxelles I) exclut l'arbitrage de son champ d'application ;
- l'injonction ayant été prononcée par un tribunal arbitral, il ne saurait être question d'une violation du principe de confiance mutuelle, que les États membres accordent à leurs systèmes juridiques et à leurs institutions judiciaires respectifs par l'ingérence d'une juridiction d'un État membre dans la compétence d'une juridiction d'un autre État membre.
- l'interdiction faite par un tribunal arbitral à une partie de présenter certaines demandes devant une juridiction d'un État membre ne saurait priver cette partie de la protection juridictionnelle, dans la mesure où, dans le cadre de la procédure de

reconnaissance et d'exécution d'une telle sentence arbitrale, d'une part, cette partie pourrait s'opposer à cette reconnaissance et à cette exécution et, d'autre part, la juridiction saisie devrait déterminer, sur la base du droit procédural national et du droit international applicables, s'il convient ou non de reconnaître et d'exécuter cette sentence ;

- la procédure de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale telle que celle en cause au principal relève du droit national et du droit international applicables dans l'État membre dans lequel cette reconnaissance et cette exécution sont demandées, et non du règlement n°44/2001.

H. CROZE



Source de la photo : Global Panorama, Gazprom Logo Flickr.com.



Droit et divorce en ligne ne font pas bon ménage

DROIT CIVIL – DROIT DE LA FAMILLE

Par Marina FOUR-BROMET

Diplômée Notaire, Chargée d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3

CA Aix-en-Provence, 2 avril 2015, n° 2015-243, SAS J. c/ Ordre des avocats au barreau de Marseille, Ordre des avocats au barreau de Montpellier, CNB, Ordre des avocats au barreau d'Aix-en-Provence

S'il existe plusieurs divorces de type contentieux (pour faute, pour altération définitive du lien conjugal, pour acceptation du principe de la rupture), il existe également un divorce de type non contentieux : le divorce par consentement mutuel. C'est de ce dernier dont il est question dans la présente affaire.

Les faits de l'espèce

Une société dénommée JMB exerçait une activité de conseil juridique et de gestion. Elle exploitait, sous le nom commercial "Divorce discount", un site internet proposant au public, à très bas coût, la mise en place de procédures de divorce amiable.

Plus concrètement, son rôle consistait dans la gestion et le traitement d'une procédure de divorce par consentement mutuel et la réalisation des formalités, sans déplacement du client et sans rendez-vous avec celui-ci.

Procédure

Le Conseil National des Barreaux et l'ordre des avocats au Barreau d'Aix-en-Provence ont fait assigner la société devant le juge des référés du Tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence aux fins de la voir condamnée à cesser sous astreinte toute activité de démarchage, de consultation juridique et de rédaction d'actes.

Ils demandaient le retrait de sa documentation commerciale toute référence à des offres de services relatives au traitement des procédures de divorce et plus généralement à l'accomplissement d'actes de représentation et d'assistance judiciaire ainsi que toute mention présentant le site comme le numéro 1 sur le fondement des articles 808 et 809 du Code de procédure civile.

Par ordonnance en date du 24 décembre 2013, le juge des référés a condamné la société :

- A interrompre toute activité de consultation juridique et de rédaction d'actes ;
- A retirer de sa documentation commerciale accessible à partir de son site internet toute référence à l'accomplissement d'actes de représentation et d'assistance judiciaire ;
- A faire supprimer de son site internet toute mention présentant le site internet comme le numéro 1 du divorce en France ou en ligne, sous astreinte de 2000 euros par infraction constatée et dans un délai de trois jours à compter de la signification de la décision ;
- A faire procéder à ses frais à la publication de l'ordonnance dans deux quotidiens nationaux au choix du CNB, dans un délai de huit jours à compter de la signification des motifs et du dispositif de l'ordonnance, sans que le coût de chaque publication n'excède 3000 euros.

La société JMB interjette appel, demandant aux juges de déclarer irrecevable l'intervention des différents ordres des avocats qui ne justifient pas d'un intérêt à agir distinct de celui du Conseil National des Barreaux. En effet, elle soutient que le Conseil National des Barreaux a la charge de représenter l'ensemble de la profession d'avocat ce qui prive les ordres des avocats locaux d'intérêt à agir.

De plus, elle prétend n'effectuer aucune rédaction d'actes et n'agir qu'en qualité d'intermédiaire entre le justiciable et les avocats. Elle réclame aux juges d'appel de débouter le Conseil National des avocats de ses demandes et de condamner les intimés au versement d'une somme de 3000 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens.

Solution de la Cour d'appel

La Cour d'appel confirme que la société ne dispose ni de la compétence, ni du titre pour donner des consultations juridiques à titre habituel et rémunéré. Elle en déduit que la société a bien exercé le droit illégalement en assurant, contre rémunération, le traitement pour ses clients de toutes les étapes de la procédure de divorce jusqu'à l'audience.

En effet, ladite société contrevient aux dispositions de l'article 54 de la loi du 3 décembre 1971 qui prévoit que :

« Nul ne peut, directement ou par personne interposée, à titre habituel et rémunéré, donner des consultations juridiques ou rédiger des actes sous seing privé, pour autrui. »

1. *S'il n'est titulaire d'une licence en droit ou s'il ne justifie, à défaut, d'une compétence juridique appropriée à la consultation et la rédaction d'actes en matière juridique qu'il est autorisé à pratiquer conformément aux articles 56 et 66. »*

Ainsi, les juges d'appel dénoncent la sous-traitance organisée par la société avec des avocats partenaires grâce à un contrat de coopération conclu dans des conditions incompatibles avec la réglementation et la déontologie de l'avocat.

Au soutien de sa décision, la Cour d'appel relève que la requête en divorce et les conventions d'actes et d'acquiescement ne sont pas rédigées par l'avocat partenaire mais par la société elle-même qui lui confie également l'acte notarié comprenant la liquidation du régime matrimonial des époux. Ces documents sont ensuite transmis à cet avocat afin qu'il y appose son tampon et sa signature en échange d'un honoraire dérisoire de 135 euros rémunérant l'obtention d'une date de rendez-vous auprès du juge aux affaires familiales et la présence aux audiences.

Elle condamne le fait que l'avocat partenaire ne rencontre jamais les futurs divorcés avant la convocation à l'audience et ne leur donne aucun conseil. De plus, les clients ne sont pas autorisés à entrer en contact avec lui sous peine d'annulation de la procédure.

Explications de la décision

Dans cet arrêt, les juges d'appel réaffirment la place indispensable de l'avocat dans la procédure de divorce par consentement mutuel. Il ne faut en effet pas réduire son rôle à une simple assistance des parties aux audiences.

Si ce divorce est présenté comme simple et facile, l'intervention de l'avocat en qualité de juriste reste indispensable. Il a, en outre, une mission de conseil sur le déroulement et les conséquences de la procédure. Il est garant de la réalité du consentement de chacun des époux et de l'équilibre de la convention de divorce.

Cette décision rappelle la nécessité de justifier au minimum d'une licence de droit et d'une compétence juridique appropriée à la consultation et à la rédaction d'actes en matière juridique.

De plus, si la condition de diplôme est une condition nécessaire, elle n'est cependant pas suffisante à la pratique de la consultation juridique. Les juges d'appel rappellent ici qu'il faut également une autorisation ou une habilitation de la loi.

Les mesures prises par la profession pour lutter contre ces empiètements



L'inquiétude des avocats sur l'empiètement progressif de leur champ habituel de compétence n'est pas nouvelle.

Face à ce constat et conscient des exceptions faites au strict périmètre du droit, le Conseil National a décidé de mener, au côté des Barreaux et de syndicats professionnels, un combat permanent contre les atteintes au Titre II de la loi du 31 décembre 1971 modifiée par la loi du 31 décembre 1990 sur la consultation juridique et la rédaction d'actes sous seing privé. Il entend ainsi protéger la profession d'avocat de la captation, par des professions concurrentes, de l'activité juridique. Aussi, il a créé, en mars 2006, une Commission « Périmètre du droit » pour coordonner les actions engagées par les Barreaux au plan local mais aussi pour centraliser les idées et bâtir une stratégie cohérente et uniforme.



Cette commission d'exercice du droit a ainsi une triple mission. La première consiste dans l'assistance aux bâtonniers en émettant des avis motivés, avec un rappel des textes et de la jurisprudence et le choix de la stratégie judiciaire. Elle assure une intervention du Conseil National des Barreaux dans les dossiers d'importance nationale. Enfin, elle a une mission prospective consistant dans l'étude de nouveaux champs de réflexion comme l'impact de la directive service, l'introduction de l'acte sous signature juridique ou encore l'ouverture du capital des structures d'exercice.

En conclusion, il faut espérer que le Conseil National des Barreaux, grâce à cette Commission, parvienne à ses fins et réussisse à faire respecter le strict périmètre du droit. En effet, il est indéniable que le conseil juridique requiert une connaissance et des compétences particulières. C'est d'ailleurs pour cela qu'il a un prix. Accepter l'intrusion de telles sociétés dans le domaine délicat du divorce reviendrait à nier le savoir-faire des avocats. Ce serait surtout l'assurance, pour les époux victimes de ces sociétés, d'engager de nouveaux frais de justice bien plus élevés.

En effet, il semble fort probable que ces justiciables doivent par la suite, de nouveau recourir au juge aux affaires familiales ; certaines questions propres à la matière ayant été négligées telles que la fixation d'une pension alimentaire ou encore les modalités de paiement d'une prestation compensatoire.

M. FOUR-BROMET



L'adoption par le conjoint d'un enfant issu de procréation médicalement assistée

DROIT CIVIL – DROIT DE LA FAMILLE

Par Stéphanie ARIAGNO-TAMBUÉ
Doctorante, Chargée d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3

CA Versailles, 16 avril 2015, n° 14/05368, n° 14/07323

En l'absence d'une législation claire sur la question de la procréation médicalement assistée (PMA), une abondante jurisprudence se développe. Depuis la loi sur le mariage pour tous en mai 2013¹, nous assistons à une certaine forme d'unification de la jurisprudence concernant l'adoption par le conjoint d'un enfant issu d'une PMA.

A cet égard, il est remarquable de noter l'évolution dont fait preuve la Cour d'appel de Versailles, juridiction réputée pour son intransigeance sur ces questions.

Un rapide rappel de la législation nous permettra de mieux comprendre le sens et la portée des huit décisions rendues par la Cour d'Appel de Versailles le 16 avril 2015 et prononçant les adoptions plénières des enfants par la conjointe de la mère.

I - Etat de la législation française concernant la PMA : une réglementation inaboutie

En vertu de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique et modifiée en 2011, la PMA en France n'est ouverte qu'aux couples hétérosexuels pouvant apporter une preuve de vie commune d'au moins deux années.

La PMA est interdite pour les femmes seules ou bien les couples homosexuels mariés ou non. Cependant, cette législation isole la France du reste de ses voisins européens qui ouvrent la PMA aux femmes seules et, comme c'est le cas en l'espèce, aux couples de femmes. Ainsi, la Belgique et l'Espagne sont les destinations choisies par ces couples désireux de fonder une famille et qui ne peuvent le faire en France par des procédures légales. Les enfants sont donc conçus à l'étranger en fraude du droit national.

La loi sur le mariage pour tous aurait pu améliorer la situation de ces enfants en facilitant leur adoption. Cependant, cette loi en demie teinte ne résout pas les problèmes au contraire. En effet, en ouvrant le mariage aux couples de même sexe mais pas l'adoption, les enfants issus de ces PMA à l'étranger ne peuvent pas être reconnus automatiquement par la conjointe. Il faut donc toujours passer par une procédure d'adoption en France, procédure longue, coûteuse et douloureuse pour les familles homoparentales.

Il n'y a donc aujourd'hui aucune garantie pour les familles s'engageant dans des PMA à l'étranger avec demande d'adoption par la conjointe en France que ces demandes aboutissent. Pour autant, peu à peu, la jurisprudence semble créer une autorisation tacite d'adoption lorsque l'intérêt de l'enfant le commande.

II - Sens et portée des décisions de la CA de Versailles : une jurisprudence qui tend à faire loi

Les décisions de la Cour d'appel font suite à deux avis de la Cour de cassation du 22 septembre 2014 et selon lesquels le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption par l'épouse de la mère de l'enfant né de cette

¹ LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, consultable ici.

procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant.

Dans les cas traités par la Cour d'Appel, les PMA avaient eu lieu en Belgique. En France, les couples avaient ensuite suivi une procédure classique. Les deux futurs parents doivent se rendre devant notaire pour signifier leur consentement à l'adoption en vertu de l'article 345 du Code Civil. A défaut de rétractation de cet avis à l'issue d'un délai de deux mois, il est possible de demander l'adoption plénière de l'enfant devant la Justice. Pour espérer obtenir satisfaction en Justice et comme le rappelle bien ces décisions de la Cour d'Appel, l'enfant ne doit avoir de filiation établie qu'à l'égard de sa mère et la requérante doit prouver son implication dans la vie de l'enfant dès sa naissance. Cette preuve s'obtient par tous moyens notamment des attestations des personnels médicaux mentionnant la présence de la requérante tout au long de la grossesse de la mère.

De plus, la Cour d'appel retient que l'environnement familial est favorable à l'épanouissement de l'enfant du fait de la présence de référents masculins nombreux autour de lui, écartant au passage l'argument selon lequel l'enfant serait privé par cette structure familiale atypique d'une vie familiale et sociale normale.

Enfin, et nous aurions pu penser que cet argument emporte à lui seul la considération des juges, cet enfant est né de l'intention commune des conjointes de créer une famille. De fait, la Cour

d'appel décide qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de prononcer l'adoption plénière.

Cet ensemble de décisions devrait encore renforcer la ligne jurisprudentielle en construction et baliser davantage le terrain juridique pour les couples désireux de se lancer dans ces procédures. Pour autant, si la jurisprudence tend à améliorer les conditions d'adoption de ces enfants par les conjointes, la situation n'a pour autant rien de systématique. L'aléa d'un refus d'adoption est toujours possible. De plus, cette situation juridique crée un déséquilibre, une rupture d'égalité entre les couples mariés.

Il semble donc injuste de devoir imposer ces démarches juridiques lourdes et difficiles aux familles homoparentales alors qu'une modification de la loi du 18 mai 2013 aurait pour conséquence de sauvegarder la sécurité des enfants nés de PMA effectuées à l'étranger. Loin de toutes polémiques politiques, le droit fait doucement avancer la situation vers un renforcement de la sécurité familiale des enfants nés de PMA à l'étranger.

N'est-ce pas là une autre définition de l'intérêt de l'enfant que de lui permettre de s'épanouir dans un cadre familial, certes atypique, mais stable et protecteur ?

S. ARIAGNO-TAMBUÉ



La Cour d'appel de Versailles.

« Située dans les anciennes écuries de la Reine, la cour d'appel de Versailles, créée en 1975 par démembrement de la cour d'appel de Paris, est en plein cœur de la ville, tout près du Château. »

Source de la photographie et du commentaire :

<http://www.ca-versailles.justice.fr>.



La vérification de la légalité du motif d'opposition au paiement d'un chèque

DROIT BANCAIRE

Par Marjolaine BIRARD

Master 2 Recherche en Droit des affaires approfondi

Cass. com., 16 juin 2015, n° 14-13.493, publié au Bulletin

Le 16 juin 2015, la Cour de cassation a statué en ce que le banquier tiré « *d'un chèque frappé d'opposition n'a pas à vérifier la réalité du motif d'opposition invoqué* ». Seule la vérification que le motif invoqué est un motif légal est imposée. L'absence de signature conforme constitue une utilisation frauduleuse au sens de l'article L. 131-35 du Code monétaire et financier, elle est donc susceptible de donner lieu à une opposition valable de la part du tireur.

I - LE CHEQUE FRAPPÉ D'OPPOSITION, UN DÉFI AU DROIT CAMBIAIRE

L'opposition au paiement d'un chèque constitue une révocation immédiate de l'ordre donné par le titulaire du compte au banquier tiré de débiter une provision au bénéfice du porteur présentateur du titre². Elle se poursuit jusqu'à l'expiration du délai de prescription³ d'un an, si une mainlevée n'a pas été ordonnée par le juge des référés.

Le banquier qui paierait, malgré l'opposition, verrait sa responsabilité engagée⁴. A l'inverse, l'opposition pour un motif illégal est assimilée à l'action du tireur qui n'a pas fait provision ou l'a retirée avant paiement, et entraîne la responsabilité pénale de la personne qui en est à l'origine⁵. Le bénéficiaire du titre peut se faire payer et conserve alors par ailleurs le recours au droit cambiaire, qu'il peut utiliser pour obtenir le paiement, lorsque le chèque était endossable.

Le chèque représente l'un des instruments de paiement les plus courants. Du fait de la créance

engagée par le tireur, lors de l'émission du chèque, l'opposition au paiement lors de sa première présentation au banquier tiré – alors que le tireur n'est plus titulaire de la provision – est, par principe, interdite. En effet, même si la plupart des chèques usités sont barrés, il reste que le chèque, le cas échéant, est un effet de commerce faisant courir un engagement cambiaire à ses endosseurs, qui ne peut être révoqué par le tireur, de même que la provision qui en est à l'origine.



Source de la photo : Yann Droneaud, *Au fil de l'eau, Chéquier abandonné dans le canal de l'Ourq*, Flickr.com.

Le banquier tiré est devenu le débiteur du porteur présentateur du titre, et engage donc sa responsabilité en cas de refus de paiement à première vue, selon la lettre de l'article L. 131-70 du Code monétaire et financier.

Chèques barrés

Très courants en pratique, il s'agit de chèques ne pouvant être payés qu'à un banquier ou assimilé, ou à un autre client du tiré, selon la lettre de l'article L. 131-45 du Code monétaire et financier. Ces chèques sont donc non endossables par une autre personne.

II - LES VÉRIFICATIONS À LA CHARGE DU BANQUIER TIRÉ AVANT PAIEMENT : QUELLE RESPONSABILITÉ ?

Lors de l'encaissement d'un chèque sans opposition, le banquier tiré doit tout d'abord

² Cass., com., 8 octobre 2002, n°00-12.174, publié au Bulletin.

³ Req., 18 juin 1946, com. 9 févr. 1982, JCP 1946, II, 3252.

⁴ Cass., com. 20 juin 1977, n°75-15.141, publié au Bulletin.

⁵ Article L. 163-2 du Code monétaire et financier illustré par Cass. com., 30 mai 1995, n°93-10.454, publié au Bulletin.

vérifier que le chèque a une apparence normale, en contrôlant notamment la concordance entre la signature apposée sur le chèque (à défaut le titre n'est pas reconnu comme chèque) et celle du titulaire (tireur) du compte ouvert dans son établissement, faute de quoi il engagerait sa responsabilité envers le titulaire du compte, lequel pourrait se voir restituer la provision. Il résulte d'une jurisprudence constante que le tiré est responsable du paiement du titre comportant un « *anomalie apparente* »⁶. Cette dernière peut résulter d'une falsification visible dans la surcharge du titre, d'un rajout de numéros. En cas de parfaite contrefaçon, malgré une conformité apparente des signatures, la banque n'est pas libérée envers son client lorsqu'elle a payé sur présentation d'un faux titre. Le tiré n'est exonéré de cette responsabilité qu'en prouvant la faute du tireur permettant une fraude⁷, à moins que lui-même ne soit fautif aussi⁸.

Le banquier tiré engage ainsi sa responsabilité quasi-délictuelle envers le bénéficiaire d'un chèque en cas de paiement antérieur d'un chèque émis dans des conditions irrégulières, rendant la provision pour le chèque postérieur inexistante⁹. Le banquier tiré doit en outre vérifier que la provision existe, que le tireur est bien le titulaire du compte et que la suite des endossements est régulière (article L. 131-38 du Code monétaire et financier) si celui-ci était endossable. Il n'est en revanche pas tenu d'effectuer un contrôle de la signature des endosseurs, selon le principe de non-ingérence du banquier. Le banquier tiré reste neutre vis-à-vis des affaires de ses clients. Ainsi, si la signature est valide mais usitée à des fins frauduleuses, le banquier tiré ne saurait être en tort d'effectuer le paiement.

III - LES EXCEPTIONS LIMITATIVES SUSCEPTIBLES DE FRAPPER UN CHEQUE D'OPPOSITION

Il ressort des développements précédents que l'opposition au paiement d'un chèque ne saurait être admise que dans des cas limitatifs. L'article L.131-35 (ci-dessous) dispose des quatre motifs légaux entraînant une possible opposition au paiement du chèque.

Hors ces motifs légaux d'opposition, le banquier tiré doit adresser au tireur une lettre mentionnant les raisons de l'impossibilité de refuser le paiement¹⁰.

« Le tiré doit payer même après l'expiration du délai de présentation. Il doit aussi payer même si la chèque a été émis en violation de

l'injonction prévue à l'article L.131-73¹¹ ou de l'interdiction prévue au deuxième alinéa de l'article L.163-6¹².

Il n'est admis d'opposition au paiement par chèque qu'en cas de perte, vol ou d'utilisation frauduleuse du chèque, de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires du porteur. Le tireur doit immédiatement confirmer son opposition par écrit, quel que soit le support de cet écrit¹³.

Tout banquier doit informer par écrit les titulaires de compte des sanctions encourues en cas d'opposition fondée sur une autre cause que celles prévues au présent article¹⁴.

Si, malgré cette défense, le tireur fait une opposition pour d'autres causes, le juge des référés, même dans le cas où une instance au principal est engagée, doit, sur demande du porteur, ordonner la mainlevée de l'opposition. »

L'opposition pour perte ou vol est admise au bénéfice du tireur ou porteur dépossédé involontairement. La jurisprudence y assimile le cas d'extorsion de titre¹⁵ et la remise de titre obtenue par violence¹⁶. L'abus de faiblesse du tireur a également fait l'objet de réflexions tendant à ce qu'il puisse aussi être considéré comme motif d'opposition¹⁷.

Concernant l'opposition lorsque le porteur est soumis à une procédure collective, elle n'est possible pour le tireur que dès lors que le jugement n'a pas dessaisi le débiteur de son pouvoir de recevoir le paiement, si l'administrateur du débiteur n'a pas reçu le pouvoir d'assistance ou si le chèque n'est pas encore arrivé entre les mains de l'administrateur, du liquidateur¹⁸ ou d'un tiers¹⁹. L'opposition n'est en revanche pas possible lorsque le tireur est soumis à une procédure collective²⁰.

Ces deux cas d'opposition n'entraînent pas de jugement de la part du banquier tiré sur leur validité. Lorsque l'un de ces motifs est invoqué, le tiré doit refuser le paiement en bloquant la provision²¹ sans autre vérification, sans que sa responsabilité ne soit engagée, même en cas d'opposition illicite²².

Le troisième motif d'opposition au paiement d'un chèque est apparu avec la loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991. Il s'agit de l'utilisation frauduleuse du moyen de paiement.

¹¹ Cas de provision insuffisante.

¹² Condamnations entraînant interdiction d'émission de chèques.

¹³ Une circulaire AFB du 17 mai 1992 admet l'opposition par télégramme, télex, fax, guichet automatique.

¹⁴ L'article L.163-1 du Code monétaire et financier dispose que le banquier est passible d'une amende s'il refuse le paiement du chèque frappé d'opposition, alors qu'il n'a pas accompli son devoir d'information des cas d'opposition prévus par la loi.

¹⁵ Cass., com., 26 juin 1979, n°78-12.281, publié au Bulletin.

¹⁶ CA Versailles, 19 juin 1991.

¹⁷ Rép. min. à QE n°8541 JOAN Q. 10/03/2003 et Proposition de loi n°1026 du 16 juillet 2004.

¹⁸ Cass., com. 8 juil. 2008, n°07-16.936, publié au Bulletin.

¹⁹ Notamment lorsque la procédure collective implique un précédent porteur, Cass., com., 26 janv. 1999, n°96-11.779, publié au Bulletin.

²⁰ Cass., com., 12 mars 1996, n°94-10.214, inédit.

²¹ Cass., com., 26 nov. 2003, n°01-10.165, Juris-Data n°2003-021307.

²² Cass., com., 21 nov. 1972, n°71-11.286, publié au Bulletin.

⁶ Cass., com., 26 mars 1973, n°72-11.565, publié au Bulletin.

⁷ Cass., com., 5 nov. 2002, n°00-11.314, publié au Bulletin.

⁸ ROUTIER R., Obligations et responsabilités du banquier, Dalloz 2005.

⁹ Cass., com., 4 juin 1991, n°89-14.629, publié au Bulletin.

¹⁰ Article 41 du décret n°92-456 du 22 mai 1992.

IV - L'UTILISATION FRAUDULEUSE, QUELLE INTERPRÉTATION RETENIR ?

De façon générale, l'utilisation frauduleuse d'un moyen de paiement se retrouve dans toutes les manœuvres employées pour escroquer le titulaire d'un compte ou l'établissement de crédit. On la retrouve dans la falsification, le vol du titre, la mise en jeu des délais de paiement sur des titres non valables ou bien l'absence de droit d'utiliser le moyen de paiement²³.

La jurisprudence a retenu ce motif lors de la falsification d'un chèque par le titulaire du compte au bénéfice d'un tiers ou lors de l'émission d'un faux titre, retenant une interprétation d'abord assez stricte de l'utilisation frauduleuse. Il s'agissait d'une interprétation restrictive liée à la falsification ou à la contrefaçon du titre. La jurisprudence a ensuite généralement élargi la notion d'utilisation frauduleuse au cas où le bénéficiaire s'est fait remettre, suite à des manœuvres, un titre sans contrepartie effective pour le tireur²⁴. La fraude est retenue par la jurisprudence autant lorsqu'elle a été conçue après l'émission du chèque qu'avant. En revanche, la présentation au paiement d'un chèque émis à titre de garantie ne saurait être constitutive d'une utilisation frauduleuse²⁵, sauf si le chèque a été obtenu à la suite de manœuvres frauduleuses²⁶.

A travers ce troisième motif d'opposition et l'élargissement de sa conception, on pouvait se demander si le banquier tiré pouvait devenir juge de la véracité de l'opposition. Il est en effet possible de douter qu'une simple allégation d'utilisation frauduleuse puisse être suffisante. Une justification devrait peut-être être apportée au banquier, auquel cas une atténuation au devoir de non-ingérence serait créée. De la solution apportée dépend le degré de responsabilité engagé par le banquier, mais aussi les conséquences pour le bénéficiaire du chèque.

Situation de l'endossataire de bonne foi

La jurisprudence a retenu une supériorité du droit au paiement sur l'opposition pour motif licite, malgré l'impossibilité d'actionner le droit cambiaire. Néanmoins le porteur n'engage pas dans ce cas une mainlevée de l'opposition, mais une action au fond.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 26 juin 2015 reprend fermement le principe de non-ingérence du banquier tiré et réaffirme que celui-

ci ne saurait se faire juge du motif d'opposition invoqué, dès lors qu'il s'agit d'un motif légal. En l'espèce, l'ancien gérant d'une société avait remis à l'encaissement des chèques tirés sur celle-ci, émis par sa délégataire lorsqu'il était encore dans l'exercice de ses fonctions. Les chèques avaient été frappés d'opposition par le nouveau gérant. L'ancien gérant faisait valoir au pourvoi qu'il était encore en fonction lors de l'émission des chèques, qu'ils étaient donc valides malgré sa révocation postérieure. En outre, il avançait que le banquier tiré aurait dû vérifier si l'opposition n'était pas manifestement infondée.

La Cour de cassation retient néanmoins qu'il résulte de l'article L. 131-35 du Code monétaire et financier que la réalité du motif d'opposition n'a pas à être vérifiée par le tiré. L'absence de signature conforme constitue une illustration d'utilisation frauduleuse, permettant une opposition sur le moyen de paiement. L'arrêt réaffirme le principe de non-ingérence du banquier dans les affaires du titulaire du compte. C'est ainsi que seul le motif invoqué d'utilisation frauduleuse suffit à permettre une opposition en attendant une instance au fond. Les circonstances de l'émission n'ont pas à être vérifiées.

L'invocation par le tireur d'une signature non-conforme comme une utilisation frauduleuse dégage le banquier de sa responsabilité en ce que le blocage de la provision en attendant une instance au fond n'implique pas sa vérification de la signature conforme à celle de son client, ni de l'identité du tireur comme titulaire du compte.

Il résulte des faits que la manœuvre frauduleuse était un acte volontaire de l'ancien gérant de la société et de sa délégataire, dans le cadre d'une entente. L'arrêt confirme donc une interprétation étendue de la notion d'utilisation frauduleuse du titre de paiement, qui peut s'entendre d'une manœuvre initiée antérieurement à l'émission du chèque.

L'opposition permet ainsi, du fait du blocage immédiat de la provision par le banquier tiré, d'être un moyen efficace d'arrêter la fraude potentielle lors d'une anomalie intellectuelle rattachée au chèque et repérée par le tireur. Il est en effet plus difficile pour le banquier, sans s'immiscer dans les affaires des titulaires de compte, d'avoir conscience de ces anomalies lui-même²⁷.

M. BIRARD

²³ Crim., 1^{er} avril 2014, n°13-82.514, inédit.

²⁴ Cass., com., 24 oct. 2000, n°97-21.233, publié au Bulletin ; Cass., com., 19 déc. 2000, n°98-10.420, inédit.

²⁵ Cass., com., 24 octobre 2000, n°97-21.233, publié au Bulletin ; Cass., com., 18 févr. 2003, n°97-20.341, inédit. Le paiement du chèque ne peut être soumis à condition.

²⁶ Cass., com., 22 oct. 2002, n°01-03562, inédit.

²⁷ Même si la jurisprudence a déjà retenu la responsabilité du banquier lors du paiement d'un chèque d'un montant disproportionné.



Pas de droit flou en matière de châtiments corporels

DROIT EUROPEEN – DROITS DE L'HOMME

Par Marina FOUR-BROMET
Diplômée Notaire, Chargée d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Comité européen des droits sociaux, 4 mars 2015, Association pour la protection des enfants (APPROACH) c. France, Réclamation n° 92/2013

Le Conseil de l'Europe, l'organisme européen de défense des Droits de l'Homme, estime, dans une décision rendue le mercredi 4 mars 2015, que la France viole l'article 17 de la Charte européenne des droits sociaux dont elle est signataire. Plus précisément, il reproche au droit français de ne pas prévoir d'interdiction suffisamment claire, contraignante et précise sur les châtiments corporels.

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Pour comprendre cette récente décision, rappelons que le Conseil de l'Europe est une organisation intergouvernementale, instituée le 5 mai 1949 par le traité de Londres. Il s'agit surtout d'une organisation internationale dotée d'une personnalité juridique reconnue en droit international public et qui rassemble 800 millions de ressortissants de 47 États membres. Elle vise à faire respecter des normes juridiques dans différents domaines tels que la protection des Droits de l'Homme pour un renforcement de la démocratie et de la prééminence du droit en Europe.

Le Conseil de l'Europe, grâce au Comité européen des droits sociaux a notamment pour mission de promouvoir l'application de la Charte sociale européenne. Cette charte en date du 18 octobre 1961 a été ratifiée par la France à la même période

que son pendant en matière de droits civils et politiques (en 1999), la Convention européenne des droits de l'homme.

L'article 17 de la Charte européenne des droits sociaux (*Droit des enfants et des adolescents à une protection sociale, juridique et économique*) dont il est question dans la décision du 4 mars 2015 prévoit donc :

« En vue d'assurer aux enfants et aux adolescents l'exercice effectif du droit de grandir dans un milieu favorable à l'épanouissement de leur personnalité et au développement de leurs aptitudes physiques et mentales, les Parties s'engagent à prendre, soit directement, soit en coopération avec les organisations publiques ou privées, toutes les mesures nécessaires et appropriées tendant :

1/ a) à assurer aux enfants et aux adolescents, compte tenu des droits et des devoirs des parents, les soins, l'assistance, l'éducation et la formation dont ils ont besoin, notamment en prévoyant la création ou le maintien d'institutions ou de services adéquats et suffisants à cette fin;
b) à protéger les enfants et les adolescents contre la négligence, la violence ou l'exploitation;

c) à assurer une protection et une aide spéciale de l'Etat vis-à-vis de l'enfant ou de l'adolescent temporairement ou définitivement privé de son soutien familial;

2/ à assurer aux enfants et aux adolescents un enseignement primaire et secondaire gratuit, ainsi qu'à favoriser la régularité de la fréquentation scolaire. »

Depuis plusieurs années, le Conseil de l'Europe incite ses Etats membres à bannir les châtiments corporels envers les enfants. En effet, vingt-sept des quarante-sept pays membres ont déjà adopté une législation en ce sens.

En France, des associations, des médecins ou des élus plaident depuis longtemps pour une interdiction symbolique des châtiments corporels, donc de la gifle et de la fessée, dans le Code civil. Leurs arguments consistent à soutenir que les coups ne sont pas efficaces et ne font qu'enseigner l'usage de la violence aux enfants.

La justice française, de son côté, n'est pas opposée à l'interdiction des violences éducatives puisqu'elle les punit mais tolère un droit de sanction physique, à condition que celle-ci soit légère et qu'elle ait un but éducatif. En effet, si les violences graves sont interdites, une incertitude subsiste quant à l'existence d'un droit de correction physique reconnu par la justice. C'est d'ailleurs ce flou dans le droit français qui constitue une violation de la Charte sociale européenne, aux yeux des experts du Conseil de l'Europe, gardiens attitrés de ce traité.

Le rappel à l'ordre du Conseil de l'Europe envers la France s'agissant des châtiments corporels n'est pourtant pas nouveau puisqu'il a déjà, par trois fois, constaté que le droit français violait la Charte européenne des droits sociaux. Cependant, cette décision du 4 mars dernier est la première décision faisant suite à une réclamation déposée par une organisation non gouvernementale anglaise, l'Association pour la protection des enfants (Approach).

S'agissant d'une décision du Conseil de l'Europe, aucune amende n'est prévue. Le symbole reste cependant important puisqu'une telle décision pourrait ouvrir la voie à une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme et peut-être à une mise en conformité de la législation nationale.

Cependant, il semble peu probable que cette décision européenne aboutisse à une réforme législative prochaine. En effet, la secrétaire d'Etat à la Famille, Madame Laurence Rossignol, a récemment précisé que si cette question devait faire l'objet d'une réflexion collective sur l'utilité des punitions corporelles dans l'éducation des enfants, cela ne passera pas par la loi. Il semblerait, selon elle, qu'il soit souhaitable d'éviter de couper le pays en deux camps, ceux qui sont pour la fessée et ceux qui sont contre. De plus, une telle loi poserait, en outre, des problèmes concrets d'application et ne prendrait pas en compte les violences psychologiques, sur lesquelles il est impossible de légiférer.

Force est de constater que jusqu'à aujourd'hui, le Gouvernement s'est toujours gardé d'aller sur le terrain législatif s'agissant des châtiments corporels sur les enfants. Alors que des amendements législatifs étaient déposés à plusieurs reprises, le pouvoir exécutif se contentait d'appeler à une prise de conscience des dégâts causés par les violences éducatives, rejetant ainsi toute évolution du droit.

Pour aller plus loin...

Consultez la Charte européenne des droits sociaux en cliquant [ici](#).



Source de la photo : Peggy Godreuil, site internet de [La Maison de l'enfance](#), association Loi 1901.

Saviez-vous qu'il existe une Journée de la non-violence éducative en France ? Tous les 30 avril depuis 2004. Au-delà, il existe également une [Journée internationale de la non-violence](#) le 2 octobre, jour anniversaire de la naissance du Mahatma Gandhi.

M. FOUR-BROMET



Rétrospective des Journées du E-Learning



Manifestation unique sur le thème du E-Learning, les Journées du E-Learning (JEL), organisées par toute l'équipe du Pôle d'accompagnement à la pédagogie numérique (PAPN), dirigé par Yann Bergheaud et de la Faculté de droit virtuelle (FDV), dirigée par Hervé Croze, se sont déroulées les 18 et 19 juin 2015, à l'Université Jean Moulin Lyon 3 (pour en savoir plus sur les partenaires de ces Journées, vous pouvez cliquer [ici](#)). 10 ans après, elles ont une nouvelle fois permis la rencontre d'acteurs de la formation autour du numérique grâce aux séances plénières et aux nombreux ateliers.

Pour celles et ceux qui auraient manqué ces Journées ou pour celles et ceux qui souhaiteraient les revoir, vous pouvez désormais consulter les vidéos des conférences ayant eu lieu en Auditorium Malraux (séances plénières) en cliquant sur l'image ci-dessous.

Vous pouvez également retrouver les interviews des conférenciers réalisés par Valérie MARTEL, Ingénieur en Technologies de la Formation, Pôle d'Accompagnement à la Pédagogie Numérique (PAPN), Université Jean Moulin Lyon 3, en cliquant sur l'image ci-dessous.



CONFÉRENCES

- Pierre LEVY - *Enjeux de l'intelligence collective pour le E-learning*
- Michel DUPUIS - *Le numérique et la protection de l'innovation*
- Bouygues Construction - *Concevoir des bâtiments et des services adaptés aux usages numériques*
- Olivier CROUZET - *Numérique et pédagogie, vers de nouvelles écoles ?*
- Bruno DE FROMONT - *L'espace d'apprentissage actif*
- Christian LE STANC - *Plagiat et contrefaçon*
- Didier PAQUELIN - *Repenser les espaces de formation*
- Yann MOULIER BOUTANG - *E-Learning et l'économie de la connaissance*
- Edouard TREPPOZ - *Libérer le droit d'auteur, un facteur d'innovation ?*
- Marta SEVERO - *La boîte noire des Mooc, une approche par le Digital Labour*
- Romain THEVENET - *Digital, Design et Politique publique : penser le numérique de façon systémique*
- Sophie MAHEO - *Comment bâtir une école créative et juste avec le numérique*
- Sylvain VACARESSE - *Massifier les dispositifs de formation professionnelle : Mooc, Spoc, Cooc*
- Yann BERGHEAUD - *Hommage à Gérald DELABRE*

Les auteurs

Stéphanie ARIAGNO-TAMBUTÉ, Doctorante,
Université Lyon 3, Droit des affaires, Droit du travail

Marjolaine BIRARD, Master 2 Recherche en Droit des
affaires approfondi

Frédéric BOURSE, Contrôleur des Finances publiques,
Droit fiscal, Finances publiques, UE

Hervé CROZE, Professeur des Universités, Avocat
honoraire au Barreau de Lyon, FDV, Droit

Céline DANTON, Chargée d'enseignements, Université
Catholique de Lyon, Droit civil

Marina FOUR-BROMET, Diplômée Notaire, Droit civil

Lucie LE BARREAU, Docteur en Science politique,
Université Lyon 3, E@d-SP

Valérie MARTEL, Ingénieur d'études, PAPN, Droit
public (Droit constitutionnel, Droit administratif)

Aurélien ROCHER, Consultant fiscal diplômé du
CAPA, Droit des affaires, Droit fiscal

Céline WRAZEN, Docteur en Droit, FDV, Droit

Note d'information

Les informations enregistrées sont réservées à l'usage
de la Faculté de droit virtuelle et ne peuvent être
communiquées qu'aux destinataires suivants :
Université Jean Moulin Lyon 3, Université Numérique
Juridique Francophone.

Conformément aux articles 39 et suivants de la loi
n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée en 2004 relative à
l'informatique, aux fichiers et aux libertés, toute
personne peut obtenir communication et, le cas
échéant, rectification ou suppression des informations
la concernant, en s'adressant à la Faculté de droit
virtuelle.

La Gazette

L'actualité juridique et
politique vue par la FDV
de l'Université Jean Moulin
Lyon 3

Gazette réalisée grâce au
soutien de l'UNJF, Université
Numérique Juridique
Francophone

Directeur de la publication
Le Doyen Franck MARMOZ

Directeur éditorial
Directeur de la rédaction
Directeur scientifique
Hervé CROZE

Rédacteur en chef
Hervé CROZE

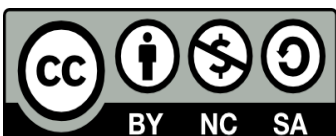
Rédactrice en chef adjointe
Céline WRAZEN

Correspondance
Céline WRAZEN
Faculté de droit virtuelle
15 quai Claude Bernard
69007 Lyon
celine.wrazen@univ-lyon3.fr

Lieu
Faculté de droit virtuelle
15 quai Claude Bernard
69007 Lyon

Photos
Licence Creative commons
Flickr.com

Photo de couverture
Photo d'Hervé CROZE
Photo d'Aurélien ROCHER
Photo de Valérie MARTEL
David VENIER
Université Jean Moulin Lyon 3





WWW.LA_GAZETTE_DE_LA_FDV.FR