

LA GAZETTE

L'actualité juridique et politique de la Faculté de droit



4 L'emprisonnement correctionnel sans sursis, exemples de motivation par la Cour de cassation, *Cyril PIOTROWICZ*

- 2 Sale temps au Paradis... fiscal !, *Aurélien ROCHER*
- 12 Pas de mention « sexe neutre » dans l'acte de naissance, *Marina FOUR-BROMET*
- 20 La modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle, *Valérie MARTEL*

Juin 2016

N° 10

SOMMAIRE

- 2 **Sale temps au Paradis... fiscal !**
Aurélien ROCHER, Doctorant, CAPA, DJCE
Chargé d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3
Droit fiscal - Licence 3
- 4 **L'emprisonnement correctionnel sans sursis, exemples de motivation par la Cour de cassation**
Cyril PIOTROWICZ, Doctorant en Droit pénal, Centre de Droit pénal
Chargé d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3
Droit pénal - Licence 2
- 12 **Pas de mention « sexe neutre » dans l'acte de naissance**
Marina FOUR-BROMET, Diplômée Notaire
Chargée d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3
Droit civil - Droit des personnes - Licence 1
- 17 **Absence d'effet des oppositions formées avant la publication de l'acceptation à concurrence de l'actif net**
Marina FOUR-BROMET, Diplômée Notaire
Chargée d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3
Droit civil - Contrats spéciaux - Licence 2
- 20 **La modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle**
Valérie MARTEL, Ingénieure d'études en Technologie de la Formation
Chargée d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3
Droit administratif - Licence 2
- 22 **La loi relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires**
Valérie MARTEL, Ingénieure d'études en Technologie de la Formation
Chargée d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3
Fonction publique - Licence 3



Sale temps au Paradis... fiscal !

Droit fiscal - Licence 3

Par Aurélien ROCHER

Doctorant, CAPA, DJCE, Chargé d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon

Arrêté 8 avril 2016 modifiant l'arrêté du 12 février 2010 pris en application du deuxième alinéa du 1 de l'article 238-0 A du Code général des impôts, *Journal Officiel* du 10 Avril 2016, texte n° 4



Source : Dronepicr, Panama Papers, [Flickr.com](https://www.flickr.com/photos/dronepicr/).

Le scandale des « Panama Papers » a été révélé en avril 2016 par le Consortium international des journalistes d'investigation. Cette fuite émanant d'un cabinet d'avocats fiscaliste basé au Panama a été exploitée par des dizaines de journalistes de plusieurs médias dans de nombreux pays pour mettre à jour les pratiques de fraude fiscale massive constatées sur plusieurs décennies. Le retentissement médiatique de cet événement a été conséquent et a affecté la réputation de certaines personnalités de premier plan.

En droit français, cet événement a entraîné deux conséquences quasi-immédiates, au travers, d'une part, d'une volonté d'introduire un réel statut pour les *whistleblowers* (*Min. fin, communiqué n° 705, 4 avr. 2016*), ces fameux donneurs d'alertes, afin de leur offrir une protection qui leur fait actuellement défaut et, d'autre part, au travers de la réintégration du Panama dans la liste des Etats ou territoires non coopératifs (*A. 8 avr. 2016 : Journal Officiel du 10 Avril 2016, texte n° 4*).

Les « *Panama Papers* » doivent également être mis en lumière avec les autres dynamiques qui affectent actuellement la fiscalité mondiale. Référence doit ici être donnée au programme BEPS mené par l'OCDE (*Base Erosion and Profit Shifting - OCDE, Projet OCDE/G 20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices, 2015*) qui a, sur mandat du G 20, lancé un programme sans précédent dans l'histoire de la fiscalité internationale consistant à lutter contre l'optimisation fiscale pratiquée, en toute légalité, par les multinationales. Des milliers de pages de consultations, études et recommandations ont été rédigées en l'espace d'un peu plus d'un an et ont abouti à des propositions concrètes qui sont actuellement intégrées dans le droit positif de nombreux Etats. A cet égard, nous citerons le seul exemple du *country-by-country reporting*, lequel consiste en une déclaration, pays par pays, des bénéfices des entités du groupe ainsi que des informations sur leurs localisations et leurs activités (CGI, art. 223 quinquies C, créé par la loi n° 2015-1785 du 29 décembre 2015, art. 121).

Sur le plan de l'Union européenne, la coopération entre les autorités fiscales des différents Etats membres, toujours dans la continuité du programme BEPS, est amenée à être améliorée au travers du Paquet de lutte contre l'évasion fiscale (*Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Paquet de mesures contre l'évasion fiscale : prochaines étapes pour assurer une imposition effective et davantage de transparence fiscale dans l'Union européenne, COM/2016/023 final, 28 janvier 2016*).

Sur le plan purement national, la lutte contre la fraude fiscale est illustrée par l'exemple de la « *cellule de dégrèvement fiscal* », ou le Service de traitement des déclarations rectificatives (STDR) pour reprendre le vocable technique, qui a recouvré 2.65 milliards d'euros en 2015. Nous rappelons que ce service avait été mis en place dans le cadre de la procédure offerte aux contribuables pour leur permettre de régulariser,

dans des conditions privilégiées caractérisées par des pénalités minorées, leurs avoirs non déclarés à l'étranger. Le contribuable français plaçant des revenus ou éléments de son patrimoine à l'étranger doit donc veiller, au-delà du caractère par ailleurs exotique et plaisant du pays de destination, si sa situation fiscale personnelle en France ne risque pas de ne plus être conforme aux règles françaises.

Points de droit

ETNC : Etat ou territoire non coopératif, visé par l'article 238-0 A du CGI, correspondant à un Etat ou entité politique ne se conformant pas aux standards internationaux d'échange des informations fiscales prévus par l'OCDE. Cette liste comprend, au 1^{er} janvier 2016, les pays suivants : Botswana, Brunei, Guatemala, Îles Marshall, Nauru, Niue et Panama. Cette qualification entraîne des conséquences importantes en matière de contrôle des prix de transfert, du taux de certaines retenues à la source, de certains prélèvements obligatoires... Pour illustration, en matière de retenue à la source sur les revenus non salariaux autres que les prestations sportives, le taux de retenue à la source passe de 33,33% à 75%. Il s'agit de la qualification fiscale la plus « grave » sur le plan des sanctions fiscales.

Pays à régime fiscal privilégié : visé par l'article 238 A du CGI et correspondant à un Etat ou le territoire dans lequel le contribuable français n'y est pas imposable ou y est assujéti à des impôts sur les bénéfices ou les revenus inférieurs de plus de la moitié à ceux dont il aurait été redevable dans les conditions de droit commun en France s'il y avait été domicilié ou établi. Cette qualification entraîne une fiscalité plus importante mais nécessite, en cas de contestation par le contribuable, que l'administration apporte la preuve du régime fiscal privilégié hors de France.

A. ROCHER



L'emprisonnement correctionnel sans sursis, exemples de motivation par la Cour de cassation

DROIT PÉNAL – LICENCE 2

Par Cyril PIOTROWICZ

Doctorant, Chargé d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Le droit pénal connaît sept principes quant aux peines : la légalité, la prévisibilité, l'égalité, l'individualisation, la personnalité, la nécessité et la proportionnalité. La légalité et la prévisibilité renvoient à l'origine textuelle de la peine encourue qui doit être fixée de manière claire et accessible soit par la loi pour les crimes et délits, soit par le règlement pour les contraventions ; l'égalité signifie que la peine encourue doit être la même pour tous ; l'individualisation permet à la juridiction d'adapter la peine encourue par l'auteur en fonction de sa situation ou des circonstances de l'infraction afin de prononcer une peine personnalisée ; la personnalité tend à s'assurer que la peine prononcée sera exécutée par la personne condamnée et non par un tiers ; la nécessité et la proportionnalité impliquent que les peines encourues et prononcées doivent être strictement nécessaires et proportionnelles à l'atteinte qu'elles répriment. La Cour de cassation contrôle l'application de ces principes et plus particulièrement la nécessité et la proportionnalité de la peine d'emprisonnement correctionnel prononcée sans sursis par les juridictions du fond.

I - Les règles juridiques applicables

L'article 130-1 du Code pénal définit la peine tant dans ses finalités que dans ses fonctions.

D'une part, elle poursuit trois objectifs : elle doit assurer la protection de la société, prévenir la commission de nouvelles infractions et restaurer l'équilibre social tout en respectant les intérêts de la victime.

D'autre part, elle a pour fonctions de sanctionner l'auteur de l'infraction mais aussi de favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion.

Afin de satisfaire à ces ambitions, l'article 132-1 du Code pénal inscrit l'obligation d'individualisation de toutes les peines prononcées¹ : « *la juridiction détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale* ».

Concernant la nature et le quantum des peines encourues, les limites fixées par la loi résultent essentiellement des textes d'incrimination.

Par exemple, l'article 311-3 du même code réprime le vol simple avec deux peines encourues : une de nature privative de liberté d'un quantum maximum de trois années et une de nature pécuniaire d'un quantum maximum de 45 000 euros d'amende.

¹ La peine encourue est la peine prévue par la loi ou le règlement ; la peine encourue est celle prononcée par la juridiction de jugement ; la peine exécutée est celle réellement subie par la personne condamnée.

À l'inverse le régime des peines prononcées est régi par des textes à portée générale, il s'agit des articles 132-1 et suivants du Code pénal.

Depuis le Code pénal de 1994, c'est l'article 132-19 qui fixe le régime de la peine privative de liberté en matière correctionnelle. À cette époque, il prévoyait que : *« En matière correctionnelle, la juridiction ne peut prononcer une peine d'emprisonnement sans sursis qu'après avoir spécialement motivé le choix de cette peine. »*.

Rappels généraux sur la notion de sursis

Le sursis s'analyse comme une dispense conditionnelle de peine qui a pour effet d'en repousser l'exécution. Il peut assortir la totalité ou seulement une partie de la peine prononcée ; la partie de la peine non-assortie du sursis est qualifiée communément de « ferme ».

Si, dans le délai de cinq ans, l'auteur n'est pas une nouvelle fois condamné à une peine d'emprisonnement sans sursis et s'il satisfait aux obligations (mise à l'épreuve ou travail d'intérêt général), alors la fraction de la peine assortie du sursis est réputée non-avenue.

À l'inverse, en cas de non-respect des obligations ou de nouvelle condamnation, le sursis sera révoqué et la partie de la peine qui en était assortie sera exécutée sans se confondre avec la nouvelle peine prononcée.

Dès lors, si un Tribunal correctionnel souhaitait prononcer une peine d'emprisonnement alors il était dans l'obligation, soit de l'assortir totalement du sursis, soit de motiver spécialement sa décision.

L'article 132-19 du Code pénal définissait donc l'emprisonnement sans sursis comme le principe, l'emprisonnement partiellement assorti du sursis ou ferme était alors une exception qui devait être justifiée. Cependant, aucune obligation légale n'entourait les conditions de motivation de la décision du tribunal : la peine d'emprisonnement

sans sursis pouvant alors être justifiée pour diverses raisons (récidive légale, antécédent judiciaire, dangerosité particulière...).

Depuis 1994, non seulement l'esprit du texte n'a pas été modifié, mais il a de plus été renforcé.

Aujourd'hui, l'article 132-19 al. 2 prévoit notamment que : *« En matière correctionnelle, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate ; dans ce cas, la peine d'emprisonnement doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement »*.

Cette nouvelle rédaction² de l'article 132-19 al. 2 prévoit donc désormais des conditions pour prononcer la peine d'emprisonnement non-assortie du sursis qualifiée de « dernier recours ».

Premièrement, l'emprisonnement sans sursis doit être « rendu nécessaire » par « la gravité de l'infraction » et « la personnalité de l'auteur ».

Deuxièmement, l'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcé que si « toutes les autres sanctions sont manifestement inadéquates ».

Troisièmement, l'emprisonnement sans sursis « doit être aménagé si la personnalité et la situation du condamné le permettent » et « sauf impossibilité matérielle ».

L'alinéa 2 de l'article 132-19 reflète donc parfaitement le principe de nécessité de la peine privative de liberté en matière correctionnelle.

Cette analyse est confortée avec les dispositions de l'alinéa 3 : *« Lorsque le tribunal correctionnel prononce une peine d'emprisonnement sans sursis*

² Issue de la Loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

[...], il doit spécialement motiver sa décision, au regard des faits de l'espèce et de la personnalité de leur auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale. »

Ainsi, si le Tribunal correctionnel justifie que la peine privative de liberté sans sursis est « nécessaire » (compte tenu de « la gravité de l'infraction et de la personnalité de l'auteur ») et que les autres sanctions sont « manifestement inadéquates » alors, il est dans l'obligation de « spécialement motiver sa décision » en s'appuyant sur « les faits d'espèce », « la personnalité de l'auteur » et « la situation matérielle, familiale et sociale de l'auteur ».

L'alinéa 3 apparaît donc plus comme un corollaire et moins comme un prolongement de l'alinéa 2.

En effet, exception faite de « la situation matérielle familiale et sociale de l'auteur », si pour prononcer une peine d'emprisonnement sans sursis le Tribunal correctionnel doit justifier de la « gravité de l'infraction », « de la personnalité de l'auteur » et de « l'inadéquation manifeste des autres sanctions » sa décision est d'ores et déjà « spécialement motivée au regards des faits et de la personnalité de l'auteur ».

Néanmoins, étant prévue par la lettre du texte, « la situation matérielle, familiale et sociale de l'auteur » devra désormais être prise en considération dès qu'une peine d'emprisonnement correctionnel sans sursis est prononcée.

Face à ces nombreuses conditions cumulatives, on peut imaginer les mille et un motifs des Tribunaux correctionnels et Cours d'appel. Espérons que les attendus de la Cour de cassation nous éclairent sur les éléments pertinents et suffisants à retenir pour priver un homme de sa liberté.

II - La position de la Cour de cassation

Il serait prétentieux, et surement impossible, de s'essayer à examiner toute la jurisprudence de la Cour de cassation au visa de l'article 132-19 dans ces pages, c'est pourquoi nous nous proposons de ne retenir, au-delà des grands arrêts de principes, que l'actualité de la juridiction du quai de l'Horloge au cours du second trimestre 2016.

À l'approche chronologique de la jurisprudence, nous préférons substituer ici une approche fidèle à la lettre de l'article 132-19 afin de souligner l'appréciation de la Cour de cassation de chacune des conditions de ce que le législateur définit comme la peine du « dernier recours » (A) mais qui demeure aménageable (B) : l'emprisonnement correctionnel non-assorti du sursis.

A) La peine « du dernier recours »

Cette peine du dernier recours ne peut être prononcée que sous de strictes conditions : d'une part l'emprisonnement sans sursis doit être nécessaire (1) et d'autre part les autres sanctions doivent être manifestement inadéquates (2).

1) Une peine nécessaire

Rappelons que l'article 132-19, al.2 du Code pénal prévoit que : « En matière correctionnelle, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire ».

La lettre du texte impose donc au Tribunal correctionnel de justifier la nécessité de la peine d'emprisonnement sans sursis au regard de deux éléments : d'une part, la gravité de l'infraction, d'autre part, la personnalité de l'auteur.

Quant à la gravité de l'infraction

Cela signifie-t-il que certains délits pourraient être qualifiés de peu graves (*sic*) par le législateur ou les juridictions et ne seraient dès lors jamais susceptibles d'être sanctionnés par une peine d'emprisonnement ferme ?

Le premier indicateur de la « gravité de l'infraction » est la peine encourue ou prononcée.

Si la durée de la peine d'emprisonnement prononcée est inférieure ou égale à cinq ans, alors le sursis simple ou avec mise à l'épreuve sont applicables³. *A contrario*, si l'emprisonnement est prononcé pour une durée supérieure à cinq ans alors il n'est pas susceptible de sursis.

La lecture combinée de ces dispositions (art. 132-31 et 132-19) nous informe, d'une part, que pour les délits dont la peine encourue est inférieure à cinq ans d'emprisonnement (*ex : le vol simple*), alors la peine d'emprisonnement prononcée peut être assortie du sursis et qu'au-delà, le sursis doit être prononcé (sauf à satisfaire les conditions de l'alinéa 2 de l'article 132-19).

D'autre part, pour les délits où sont encourues des peines d'emprisonnement d'une durée supérieure à cinq ans (*ex : les violences volontaires ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente*), il faut distinguer deux situations.

Si la peine prononcée est inférieure ou égale à cinq années d'emprisonnement, alors, comme pour le vol simple, le sursis peut et doit être prononcé (sauf à satisfaire aux conditions de l'article 132-19).

Si la peine prononcée est supérieure à cinq années d'emprisonnement, alors selon les articles 132-31 et 132-41, elle n'est pas susceptible d'être assortie du sursis et donc, par conséquent, s'agissant d'une peine ferme, la juridiction devra nécessairement satisfaire aux obligations de motivation de l'article 132-19.

Un deuxième indicateur peut être la situation de concours réel d'infraction. Dans un arrêt du 4 mai 2016⁴, la Cour d'appel relève dans ces motifs que : « *c'est à la mesure de ce rôle et du caractère particulièrement exceptionnel des infractions dont il [l'auteur] s'est rendu coupable que doit être déterminée le quantum de la peine* », la Cour de cassation estimant que les motifs retenus satisfont aux exigences de l'article 132-19.

Le même arrêt du 4 mai 2016, nous permet de souligner un troisième et quatrième indicateur.

D'une part, le caractère international⁵ des infractions qui, dans les faits d'espèce, concernaient le Maroc, la France et les Pays-Bas.

D'autre part, la nature de l'infraction. Dans le même arrêt, la Cour d'appel et la Cour de cassation justifient la gravité par le « *caractère exceptionnel des infractions* » s'agissant de trafic de stupéfiants et de blanchiment d'argent pour plusieurs millions d'euro.

Dans un arrêt du 26 novembre 2014, a également été reconnu comme d'une particulière gravité « *des faits d'une rare violence s'assimilant à des règlements de compte de mafieux, insupportables dans un état de droit* »⁶.

Enfin un arrêt du 6 avril 2016 estime que : « *les faits [sont] d'une particulière gravité s'agissant d'infractions à la législation sur les stupéfiants mettant en péril la santé d'autrui et générant des profits. Ces actes justifient une peine d'emprisonnement sans sursis* »⁷.

En conclusion, il est possible de souligner quelques éléments du faisceau d'indices permettant de satisfaire la condition de « gravité » de l'infraction : la peine d'emprisonnement prononcée, le concours d'infraction, la nature de l'infraction (notamment les violences mafieuses et les infractions à la législation sur les stupéfiants) et son caractère international.

⁴ Crim. 4 mai 2016, n°15-80.272.

⁵ Pour un autre exemple : Crim. 6 avril 2016, n°15-81.203.

⁶ Crim. 26 novembre 2014, n°13-81.851.

⁷ Crim. 6 avril 2016, n°15-81.203.

³ Art. 132-31, 132-41 du Code pénal.

La deuxième condition pour rendre la peine privative de liberté sans sursis « nécessaire » est relative à la personnalité de l'auteur.

Quant à la personnalité de l'auteur

Quels sont les éléments de la personnalité à retenir en l'espèce (qui ne doivent pas être confondus avec la situation matérielle, familiale et sociale cf. *infra*) ?

Dans l'arrêt du 4 mai 2016, la Cour de cassation valide une peine sans sursis notamment au regard du fait que : « *[le prévenu], sans aucun antécédent judiciaire [...] est en relation habituelle avec « le Rais » ou Faycal et A., auteurs de trafic de stupéfiants* »⁸.

La décision du 6 avril 2016 estime que : « *Ces motifs satisfont aux exigences de l'article 132-19 du Code pénal, en l'absence [de la prévenue], qui s'est fait représenter, faute d'éléments permettant à la cour d'appel d'apprécier la situation matérielle, familiale et sociale de celle-ci.* »⁹.

Les indicateurs qui peuvent ainsi justifier que la personnalité de l'auteur rend l'emprisonnement sans sursis nécessaire sont : ses relations habituelles avec le milieu délinquant ou son absence à l'audience (cf. *infra*). À l'inverse, les antécédents judiciaires du prévenu semblent être sans influence.

Ainsi, la gravité de l'infraction et la personnalité de l'auteur permettent de qualifier la peine privative de liberté sans sursis de nécessaire.

Mais pour que cette peine nécessaire puisse être prononcée par la juridiction, il faut encore qu'aucune alternative ne soit possible.

2) L'inadéquation manifeste des autres sanctions encourues

La loi pénale est d'interprétation stricte, dès lors il convient de nous attacher à chacun des mots de l'article 132-19 et particulièrement aux notions de « *toute autre sanction* » et « *manifestement inadéquate* ».

Dans deux arrêts du 4 mai 2016, la Cour de cassation se prononce différemment sur la notion d'inadéquation manifeste des autres sanctions encourues.

Dans le premier, la Cour de cassation semble considérer que l'ensemble des sanctions prévues par le Code pénal est manifestement inadéquat dès lors que : « *l'intéressé est de nationalité marocaine et établi aux Pays-Bas et pourrait donc tenter de fuir à l'étranger pour échapper à l'exécution de la sanction justifiant de confirmer son maintien en détention* »¹⁰.

Dans le second, « *l'arrêt attaqué énonce que le bulletin n° 1 de son casier judiciaire porte mention d'une condamnation en 2008, pour des faits commis en 2005 de même nature que ceux de l'espèce et que la personnalité du prévenu justifie une telle peine. Mais attendu qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel, qui ne s'est pas expliquée sur le caractère manifestement inadéquat de toute autre sanction [...] a méconnu le texte susvisé* »¹¹.

A priori, le risque caractérisé de fuite à l'étranger suffit à rendre les autres sanctions comme manifestement inadéquates, mais à l'inverse la simple mention d'une situation de réitération d'infraction (et donc l'inefficacité des sanctions précédentes) ne suffit pas.

Egalement, les juges du fond qui justifient que des peines alternatives à l'emprisonnement ont d'ores

⁸ Crim. 4 mai 2016, n°15-80.272.

⁹ Crim. 6 avril 2016, n°15-81.203.

¹⁰ Crim. 4 mai 2016, n°15-80.272.

¹¹ Crim. 4 mai 2016, n°15-80.770.

et déjà été prononcée antérieurement et qu'elles « *constituaient des avertissements dont [le prévenu] n'avait pas tenu compte* » peuvent valablement conclure : « *que seule une peine d'emprisonnement en partie ferme permettra au prévenu de prendre la mesure de la gravité des faits reprochés* » et ainsi éviter la cassation¹².

On peut donc en déduire qu'une sanction est « *manifestement inadéquate* » au sens de l'article 132-19 lorsqu'elle ne permet pas d'atteindre les objectifs fixés par l'article 130-1 du Code pénal.

Ainsi, l'inadéquation manifeste des autres sanctions encourues semble pouvoir être prouvée par deux moyens : soit de manière générale compte tenu du risque particulier de fuite, soit de manière spéciale en justifiant que la privation de liberté sans sursis est l'unique moyen d'assurer les fonctions et finalités légales de la peine.

In fine, l'emprisonnement correctionnel sans sursis afin d'être qualifié de peine du « *dernier recours* » suppose des conditions légales très strictes : il doit s'agir d'une peine « *nécessaire* » au regard de la « *gravité de l'infraction* » et de la « *personnalité de l'auteur* » et les autres sanctions doivent être « *manifestement inadéquates* ». Ces conditions ne semblent en revanche pas être appréciées de manière restrictive par la Cour de cassation afin de ne pas paralyser l'institution judiciaire face à des exigences textuelles draconiennes.

En plus de ces conditions strictes pour pouvoir prononcer la peine privative de liberté sans sursis, le législateur impose à la juridiction de l'aménager.

B) Une peine nécessaire mais aménagée

Pour rappel, l'article 132-19 du Code pénal prévoit que « *la peine d'emprisonnement doit [...] faire l'objet d'une des mesures d'aménagement* », la loi pénale étant d'interprétation stricte, le Tribunal

correctionnel a donc pour obligation de procéder à l'aménagement de la peine d'emprisonnement correctionnel sans sursis, mais celui-ci est, encore une fois, particulièrement encadré (1). *In fine*, lors du prononcé de la peine, le législateur impose à la juridiction de spécialement motiver sa décision au regard de six critères cumulatifs (2).

1) Une obligation d'aménagement limitée

L'article 132-19 conclut son deuxième alinéa avec l'obligation d'aménager la peine soit sous le régime de la semi-liberté, du placement à l'extérieur, du placement sous surveillance électronique, soit d'exécuter la peine par fraction, l'objectif étant d'éviter les sorties qualifiées de « *sèches* » qui ne favorisent pas la réinsertion des condamnés et augmentent donc les risques de récidive ou de réitération. Cette obligation d'aménagement est toutefois limitée par deux éléments : d'une part il faut que « *la personnalité et la situation du condamné le permettent* » et qu'il n'y ait pas « *d'impossibilité matérielle* ».

Dans un arrêt du 6 janvier 2016, la Cour de cassation pose un attendu de principe explicitant clairement l'article 132-19 : « *le juge qui prononce une peine d'emprisonnement sans sursis doit [...] s'il décide de ne pas aménager la peine, [...] motiver spécialement cette décision, soit en établissant que la personnalité et la situation du condamné ne permettent pas un tel aménagement, soit en constatant une impossibilité matérielle* »¹³.

On retrouve cette obligation d'aménagement dans un arrêt où la Cour d'appel prononce une peine partiellement assortie du sursis mais qui « *ne s'est pas prononcée sur l'aménagement de la peine d'emprisonnement sans sursis, [la Cour d'appel a alors] méconnu le texte susvisé [art. 132-19]* »¹⁴. La cassation est toujours encourue sauf lorsque

¹² Crim. 6 janvier 2015, n°13-87.652

¹³ Crim. 6 janvier 2016, n°14-87.076.

¹⁴ Crim. 4 mai 2016, n°15-80.770.

l'aménagement de la peine est : soit prononcé, soit refusé au regard de la personnalité et situation du condamné ou d'une impossibilité matérielle d'aménagement.

La personnalité et la situation du condamné

Il s'agit de critères cumulatifs, la gravité de l'un ne dispense pas d'étudier l'autre¹⁵.

La personnalité du condamné ayant déjà été évoquée plus haut, nous nous intéresserons ici à sa situation matérielle, familiale et sociale.

Il faut d'abord rappeler que l'absence du prévenu à l'audience, « *ne permet pas à la juridiction d'apprécier la situation matérielle, familiale et sociale* » du prévenu mais que pour autant, l'arrêt n'encourt pas la cassation dans cette hypothèse¹⁶, ce serait seulement une obligation de moyen.

La juridiction doit ainsi rechercher des éléments relatifs à la situation du prévenu, mais elle n'est pas tenue d'en trouver si elle justifie d'un obstacle suffisant.

L'impossibilité matérielle d'aménagement

À notre connaissance, aucune juridiction du fond ne s'est encore fondée sur la notion d'impossibilité matérielle pour se refuser à aménager une peine privative de liberté sans sursis.

En effet, bien que nous ayons souligné une obligation de moyen pour la juridiction de rechercher les éléments de la situation du condamné, on peut s'interroger sur « *l'impossibilité matérielle* » du prononcé ou de l'aménagement d'une peine.

D'une part, si l'article 132-19 semble admettre qu'un aménagement (*ex : le placement sous surveillance électronique mobile*) ne puisse être ordonné compte tenu d'une impossibilité matérielle (*ex : le manque de « bracelet électronique »*), cela nous semble critiquable sur le plan théorique : on

imagine facilement l'atteinte que cela porterait au crédit de l'Institution judiciaire.

D'autre part, est-ce que l'aménagement d'une sanction est si peu utile que l'on préfère lui substituer une peine ferme ? Cette disposition semble aller contre l'esprit du texte qui lutte justement contre l'emprisonnement et en faveur du sursis et d'un retour à la société.

Au final, refuser d'aménager une peine non-assortie du sursis pour cause d'impossibilité matérielle emporte plus de problème et de critique que de solution, c'est pourquoi il nous semble qu'aucune juridiction ne semble y avoir recours.

2) L'obligation d'une décision particulièrement motivée

Le troisième et dernier alinéa de l'article 132-19 du Code pénal prévoit que pour prononcer une peine privative de liberté sans sursis, le Tribunal correctionnel doit rendre une décision spécialement motivée qui prend en compte :

- Les faits de l'espèce (et leur gravité) ;
- La personnalité de l'auteur ;
- La situation matérielle de l'auteur ;
- La situation familiale de l'auteur ;
- La situation sociale de l'auteur.

À cela s'ajoute, bien évidemment, l'obligation prévue à l'alinéa 2 de justifier l'inadéquation manifeste des autres sanctions.

La Cour de cassation contrôlant strictement chacun des critères, qui sont cumulatifs en accord avec le principe général du droit selon laquelle « *le droit pénal est d'interprétation stricte* ».

In fine, l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 11 mai 2016 souligne l'exemplarité des motifs de la Cour d'appel de Paris au visa de l'article 132-19 pour une peine de quatorze ans d'emprisonnement : « *que les faits de trafic de stupéfiants et encore plus quand ils sont commis à grande échelle comme ici permettent la propagation de produits très nocifs pour la*

¹⁵ Crim. 30 mars 2016, 15-80.790.

¹⁶ Crim. 6 avril 2016, n°15-81.203.

santé publique [...] que le prévenu a des antécédents terriblement lourds (vingt-deux ans et demi de prison prononcés avant les faits) pour des faits de trafic de stupéfiants ; qu'il ne devait pas se trouver sur le territoire national où il est venu sous couvert d'une fausse carte d'identité pour continuer son activité délictuelle, tout en sachant s'adapter aux modes du marché puisque, de ses propres dires, il a commencé par un trafic d'héroïne, continué avec celui de la cocaïne et s'est mis à celui du MDMA ; que la gravité des faits et la personnalité du prévenu, égard pris de sa situation matérielle, familiale et sociale rendent nécessaire le prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme, toute autre sanction étant manifestement inadéquate ; que celle-ci ne peut qu'être élevée et supérieure à la plus lourde déjà infligée à ce prévenu impénitent [...] ; que le prévenu est de nationalité étrangère et demeure normalement en Hollande où est installée sa famille ; qu'il vit manifestement de ses trafics de stupéfiants et a déjà été condamné pour cela ; que son maintien en détention s'impose donc pour assurer l'exécution de la peine et éviter le renouvellement des faits ; [...] que tant sous le nom de F... que sous son identité revendiquée céans M. X... fait l'objet de deux interdictions définitives du territoire français exécutoires dont la seconde récemment prononcée ; qu'il est inutile d'en prononcer une 3^e »¹⁷.

Un long travail de rédaction attend désormais les juges du fond alors que, par ailleurs, le Conseil constitutionnel vient de renoncer à l'utilisation des « considérants » afin de simplifier la lecture de ses décisions.

Pour aller plus loin

Alexis Mihman, La motivation spéciale des peines d'emprisonnement, *Gaz. Pal.*, n°1 6, 26 avril 2016

C. PIOTROWICZ

¹⁷ Crim, 11 mai 2016, n°13-85.368 et n°15-83.633.



Pas de mention « sexe neutre » dans l'acte de naissance

Droit civil – Droit des personnes – Licence 1

Par Marina FOUR-BROMET

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

CA Orléans, 22 mars 2016 : JurisData n° 2016-004932

Le 22 mars 2016, la Cour d'Appel d'Orléans a rendu l'arrêt suivant :

Attendu qu'aux termes combinés des articles 22 et 435 du code de procédure civile, les débats sont publics, sauf au juge de décider que les débats auront lieu ou se poursuivront en chambre du conseil s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée, ou si toutes les parties le demandent (...);

Attendu que Monsieur Jean-Pierre X...ayant demandé, après que le président ait ouvert l'audience, que les débats se poursuivent en chambre du conseil et le ministère public ayant acquiescé à cette demande, il a été fait droit à la demande des parties ;

Sur la demande de rectification de la mention du sexe sur l'acte de naissance

Attendu qu'aux termes de l'article 57 du code civil, l'acte de naissance énoncera (...) le sexe de l'enfant, (...),

Attendu qu'il résulte des pièces médicales produites aux débats par Monsieur Jean-Pierre X...que lors du développement foetal, la différenciation sexuelle qui s'effectue normalement à partir de la 8e semaine n'a pas abouti (pièce no 2) de sorte qu'il présentait dès la naissance une trajectoire atypique du développement sexuel chromosomique, gonadique et anatomique et que les marqueurs de la différenciation sexuelle

n'étaient pas tous clairement masculins ou féminins,

Attendu qu'en l'absence de production d'hormone sexuelle (pièces no 7 et 8), aucun caractère sexuel secondaire n'est apparu, ni de type masculin ni de type féminin, le bourgeon génital embryonnaire ne s'étant jamais développé, ni dans un sens ni dans l'autre (pièce no 5) de sorte que si Monsieur Jean-Pierre X...dispose d'un caryotype XY c'est à dire masculin (pièce 24), il présente indiscutablement et aujourd'hui encore une ambiguïté sexuelle (pièce no 3),

Attendu que Monsieur Jean-Pierre X...a été déclaré à l'état civil comme appartenant au sexe masculin,

Attendu que si le principe d'indisponibilité de l'état des personnes conduit à ce que les éléments de l'état civil soient imposés à la personne, le principe du respect de la vie privée conduit à admettre des exceptions,

Que tel doit être le cas lorsqu'une personne présente, comme Monsieur Jean-Pierre X..., une variation du développement sexuel,

Qu'en effet, dans une telle situation la composition génétique (génotype) ne correspond pas à l'apparence physique (phénotype), qui elle-même ne peut pas toujours être clairement associée au sexe féminin ou au sexe masculin,

Que dès lors, l'assignation de la personne, à sa naissance, à une des deux catégories sexuelles, en contradiction avec les constatations médicales qui

ne permettent pas de déterminer le sexe de façon univoque, fait encourir le risque d'une contrariété entre cette assignation et l'identité sexuelle vécue à l'âge adulte,

Attendu qu'en considération de la marge d'appréciation reconnue aux autorités nationales dans la mise en œuvre des obligations qui leur incombent au titre de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il doit être recherché un juste équilibre entre la protection de l'état des personnes qui est d'ordre public et le respect de la vie privée des personnes présentant une variation du développement sexuel,

Que ce juste équilibre conduit à leur permettre d'obtenir, soit que leur état civil ne mentionne aucune catégorie sexuelle, soit que soit modifié le sexe qui leur a été assigné, dès lors qu'il n'est pas en correspondance avec leur apparence physique et leur comportement social,

Attendu qu'en l'espèce Monsieur Jean-Pierre X...présente une apparence physique masculine, qu'il s'est marié en 1993 et que son épouse et lui ont adopté un enfant,

Attendu qu'il demande la substitution de la mention " sexe neutre " ou " intersexe " à la mention " sexe masculin ",

Attendu que cette demande, en contradiction avec son apparence physique et son comportement social, ne peut être accueillie,

Attendu qu'au surplus, en l'état des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, il n'est pas envisagé la possibilité de faire figurer, à titre définitif, sur les actes d'état civil une autre mention que sexe masculin ou sexe féminin, même en cas d'ambiguïté sexuelle,

Qu'admettre la requête de Monsieur Jean-Pierre X...reviendrait à reconnaître, sous couvert d'une simple rectification d'état civil, l'existence d'une autre catégorie sexuelle, allant au-delà du pouvoir

d'interprétation de la norme du juge judiciaire et dont la création relève de la seule appréciation du législateur,

Que cette reconnaissance pose en effet une question de société qui soulève des questions biologiques, morales ou éthiques délicates alors que les personnes présentant une variation du développement sexuel doivent être protégées pendant leur minorité de stigmatisations, y compris de celles que pourraient susciter leur assignation dans une nouvelle catégorie,

Qu'il convient, en conséquence, d'infirmer le jugement du 20 août 2015 rendu par le tribunal de grande instance de TOURS et de débouter Monsieur Jean-Pierre X...de ses demandes ;

Sur les dépens

Attendu qu'ils resteront à la charge de Monsieur Jean-Pierre X...qui succombe à l'instance ;

PAR CES MOTIFS

LA COUR,

Statuant publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile et contradictoirement,

INFIRME le jugement du 20 août 2015 rendu par le tribunal de grande instance de TOURS,

STATUANT à nouveau,

DEBOUTE Monsieur Jean-Pierre X...de ses demandes,

CONDAMNE Monsieur Jean-Pierre X...aux dépens de première instance et d'appel.

Dans son arrêt en date du 22 mars 2016, la Cour d'appel d'Orléans a dû se prononcer sur la délicate question d'une rectification de la mention du sexe sur le registre de l'état civil et la reconnaissance d'un troisième genre : le sexe neutre. Par sa décision, elle confirme l'autorité du principe d'indisponibilité de l'état des personnes en refusant que soit portée, dans

l'acte de naissance d'une personne, la mention « sexe neutre ».

Les faits de l'espèce

Un homme, né en 1951, avait été déclaré par ses parents à l'officier de l'état civil comme appartenant au sexe masculin. Cependant, dès le plus jeune âge, il présentait une ambiguïté sexuelle, liée à un problème de développement des organes génitaux et à l'absence de sécrétion hormonale tant masculine que féminine.

Devenu adulte, il s'est soumis à un traitement hormonal à base de testostérone qui a entraîné un changement corporel lui donnant l'apparence masculine. Il s'est marié, puis a adopté ensuite avec son épouse un enfant.

Plusieurs années après, estimant que cette apparence physique ne correspond pas à sa véritable identité, il saisit la justice et réclame la rectification de son état civil. Plus précisément, il demande la substitution de la mention « sexe neutre » à la mention « sexe masculin ». A l'appui de sa demande, il invoque le fait qu'il ne s'est jamais senti homme sans pour autant se sentir femme. Il met en avant l'ambiguïté sexuelle dans laquelle il se trouve et demande sa reconnaissance au nom du droit au respect de la vie privée.

Quid de la décision de première instance ?

Dans un jugement en date du 20 avril 2015, le Tribunal de grande instance de Tours fait droit à la requête. En effet, les juges de première instance retiennent que la demande de l'intéressé ne heurte « aucun obstacle juridique afférent à l'ordre public ». Ils ordonnent donc la substitution de la mention « sexe masculin » par la mention de « sexe neutre ».

Le procureur de la République interjette appel de la décision rendue par le TGI de Tours, sur le fondement de l'article 57 du Code civil.

Article 57 alinéa 1 du Code civil

« L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui seront donnés, le nom de famille, suivi le cas échéant de la mention de la déclaration conjointe de ses parents quant au choix effectué, ainsi que les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. Si les père et mère de l'enfant ou l'un d'eux ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce sujet. »

En effet, le Parquet estime que la loi française en matière d'état civil ne permet pas la possibilité de porter la mention « sexe neutre » sur un acte d'état civil. Il invoque une application stricte de l'article 57 du Code civil. Même si les dispositions de cet article ne se réfèrent pas expressément à la binarité homme/femme, il estime que la mention dans l'acte de naissance n'offre que deux possibilités : l'appartenance au sexe masculin ou au sexe féminin. En effet, il rappelle que « *tout individu, même s'il présente des anomalies organiques, doit être obligatoirement rattaché à l'un des deux sexes, masculin ou féminin, lequel doit être mentionné dans l'acte de naissance...* ».

Solution de la Cour d'appel

En seconde instance, les juges orléanais infirment le jugement et justifient leur décision en se fondant sur les faits de l'espèce, retenant ainsi que « *la demande ne peut être accueillie en ce qu'elle est en contradiction avec l'apparence physique et le comportement social du requérant* ».

Ils rappellent qu'un juste équilibre doit être recherché entre la protection de l'état des personnes qui est d'ordre public et le respect de la vie privée.

I- La primauté du principe d'indisponibilité des personnes sur le droit au respect de la vie privée

Dans cet arrêt, les juges font clairement prévaloir le principe d'indisponibilité de l'état des personnes sur le droit au respect de la vie privée prévu par l'article 8 de la CEDH.

Article 8 de la CEDH *Droit au respect de la vie privée et familiale*

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

Rappelons que le principe d'indisponibilité des personnes est un principe juridique selon lequel un individu ne peut disposer de manière pleine et entière de sa personnalité juridique. Il repose sur l'idée que les éléments de l'état civil d'une personne ne peuvent être modifiés et s'imposent à tous.

S'agissant d'identité sexuelle, la Cour de cassation s'est prononcée pour la première fois sur le changement de la mention du sexe à l'état civil dans un arrêt du 16 décembre 1975, en le refusant, au nom d'un principe d'indisponibilité de l'état des personnes. Le droit a depuis évolué puisqu'en 1992, la modification de la mention du sexe sur les

actes d'état civil est admise, sous certaines conditions, le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, ne faisant plus alors obstacle à une telle modification (Ass. plén., 11 décembre 1992, pourvoi n° 91-11.900 et pourvoi n° 91-12.373, *Bull.* 1992, Ass. plén., n° 13). Cependant, cette possibilité offerte par la Haute juridiction ne permet pas pour autant la création d'un troisième sexe. En effet, le droit au respect à la vie privée, invoqué dans cette affaire sur le fondement de l'article 8 de la CEDH ne peut, selon la Cour d'appel, à lui seul justifier une telle modification de l'état civil.

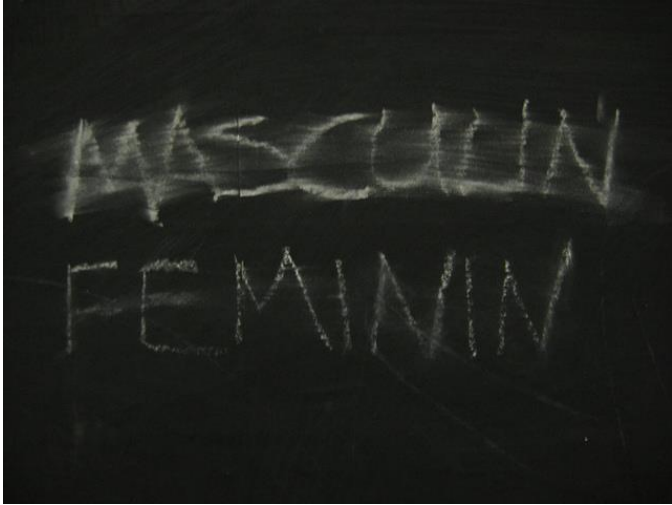
II- La limitation du pouvoir d'interprétation des juges

Les juges de la Cour d'appel relèvent que « la reconnaissance d'une nouvelle catégorie sexuelle, sous couvert d'une simple rectification d'état civil, dépasse le pouvoir d'interprétation de la norme du juge judiciaire ». En effet, le juge, parce qu'il doit nécessairement trouver une réponse juridique à la question qui lui est soumise, demeure le principal interprète de la loi. Lorsqu'un texte est suffisamment clair, son application s'impose au juge sans nécessité d'interprétation. A l'inverse, lorsqu'une règle de droit demeure floue, le juge retrouve son pouvoir d'interprétation pour en dégager le sens. Il doit rechercher l'intention du législateur à l'aide des travaux préparatoires de la loi et aux procédés de raisonnement.

Si dans le silence ou l'imprécision d'un texte, le juge sera nécessairement contraint de l'interpréter, voire de le préciser, pour parvenir à son application, ce rôle ne peut lui permettre de créer, comme a tenté de le faire le Tribunal de grande instance de Tours, un troisième sexe.

Ainsi, en l'état de notre droit positif, même face à une ambiguïté sexuelle médicalement et biologiquement établie, il n'est pas envisageable d'inscrire, sur un acte d'état civil et de manière

définitive une autre mention que « sexe masculin » ou « sexe féminin ».



Source : Alles Banane, Masculin Féminin, [Flickr.com](https://www.flickr.com/photos/allesbanane/).

Cette question de la création d'un troisième genre demeure une question d'actualité dont le législateur va devoir tôt ou tard se saisir. Un sénateur avait d'ailleurs, l'année dernière, interpellé la Ministre de la Justice sur la possibilité de changement des registres d'état civil et plus précisément sur une éventuelle modification de l'article 57 du Code civil afin que la mention « sexe neutre » puisse être inscrite sur l'acte de naissance d'une personne présentant les caractères de l'intersexualité.

Il paraîtrait juste que le droit français s'adapte à la réalité actuelle en envisageant la création d'un état civil transitoire pour les personnes dont le sexe ne peut pas être clairement déterminé à la naissance. Certains pays comme l'Allemagne ont déjà passé ce cap en prévoyant au sein de leur législation, la possibilité d'un sexe neutre ou indéterminé sur les actes de naissance. La Cour Européenne des Droits de l'Homme s'est par ailleurs positionnée sur le fondement du droit au respect de la vie privé en faveur de la reconnaissance d'un droit à l'identité sexuelle lié à l'épanouissement personnel.

En outre, on peut constater que suite à l'adoption de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le

mariage aux couples de personnes de même sexe qui est venue révolutionner notre droit de la famille, l'indication du sexe sur les actes d'état civil, autrefois indispensable pour vérifier qu'il n'existait aucun empêchement à l'union, ne sert presque plus à rien.

En conclusion, il est fort probable que cette affaire n'en est qu'à ses balbutiements. On peut en effet s'attendre, dans un futur proche, à de nouveaux rebondissements quant à l'éventuelle reconnaissance d'un troisième genre devant la Haute juridiction judiciaire et, pourquoi pas, devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme !

Affaire à suivre...

Pour en savoir plus

- D. MAZEAUD, Pas de troisième sexe à la cour, JCP G, n° 14, 4 avril 2016.
- J-R. BINET, Sexe neutre, *Droit de la famille*, n° 5, Mai 2016, étude 8.
- M. JOSEPH-PARMENTIER, Neutralisation du troisième genre, JCP G n° 20-21, 16 Mai 2016, 594.

M. FOUR-BROMET



Absence d'effet des oppositions formées avant la publication de l'acceptation à concurrence de l'actif net

DROIT CIVIL – DROIT DES SUCCESSIONS – MASTER 1

Par Marina FOUR-BROMET

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

Cass. 1^{ère} civ., 31 mars 2016, n° 15-10.799, FS-P+B+R+I, JurisData n° 2016-005779

Par une décision du 31 mars 2016, la première chambre civile de la Cour de cassation se prononce sur la procédure d'acceptation à concurrence de l'actif net instituée aux articles 792 et suivants du Code civil.

Cette option successorale permet, lorsque l'héritier a des doutes sur l'état des forces et charges de la succession à laquelle il est appelé, de marquer son acceptation à la succession, en ne percevant que des éléments d'actif, son acceptation se fait alors à concurrence de l'actif net. Ainsi, en cas de succession déficitaire, il ne recevra rien, mais ne sera pas non plus tenu au paiement des dettes de la succession. La vocation successorale est ainsi cantonnée à l'actif net des biens successoraux. Par son acceptation à concurrence de l'actif net, le successible évite la confusion des patrimoines et n'est tenu au paiement des dettes successorales que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il recueille. Il s'agit d'une solution alternative, protectrice de l'héritier, à mi-chemin entre l'acceptation pure et simple qui implique une perception de l'actif mais également une contribution au passif, et la renonciation à la succession.

Du fait de sa particularité, cette option successorale demande aux créanciers de la succession de faire preuve d'une grande vigilance et de réactivité s'ils souhaitent voir leurs créances payées, dans des circonstances où l'actif

successoral est *a priori* limité. C'est toute la portée de cet arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 31 mars 2016.

Les faits de l'espèce

Une personne a été condamnée par décision de justice à verser une indemnité à une société. Le débiteur décède laissant pour lui succéder sa fille unique. La société créancière du défunt notifie le jugement ordonnant le paiement de la créance au notaire en charge du règlement de la succession en décembre 2008.

L'héritière a, par la suite, accepté la succession à concurrence de l'actif net et dans l'acte d'acceptation a élu domicile chez le notaire. Ledit acte d'acceptation a fait l'objet d'une publicité au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales, BODACC, par le greffe du tribunal en novembre 2012.

La société créancière s'est ensuite vu opposer, par le notaire, l'extinction de sa créance du fait du défaut de déclaration de sa créance dans un délai de 15 mois.

La procédure

La Cour d'appel de Toulouse, dans un arrêt en date du 18 novembre 2014, a déclaré la créance de la société éteinte à l'égard de la succession.

La société se pourvoit alors en cassation au motif qu'elle avait signifié la décision fondant sa créance

au notaire en charge du règlement de la succession du débiteur. Elle invoque donc la validité de son opposition et réclame le paiement de sa créance.

Solution

Dans son arrêt en date du 31 mars 2016, la Haute juridiction confirme la position prise par les juges d'appel et rejette le pourvoi formé par la société.

En effet, elle approuve la Cour d'appel qui a relevé que la société s'était bornée à signifier le jugement au notaire chargé de la succession avant que l'acceptation à concurrence de l'actif net ait été régulièrement portée à la connaissance de l'ensemble des créanciers par une publication au BODACC.

La Cour de cassation s'appuie ici sur les dispositions de l'article 788 du Code civil. Ainsi, lorsque l'héritier entend prendre la qualité d'acceptant à concurrence de l'actif net, il doit en faire déclaration auprès du greffe du Tribunal de grande instance dans le ressort duquel la succession est ouverte. Cette déclaration, pour être valable, doit comporter entre autres, élection d'un domicile situé en France, soit le domicile de l'acceptant à concurrence de l'actif net, ou à celui de la personne chargée du règlement de la succession. Cette déclaration est ensuite enregistrée et fait l'objet d'une publicité nationale au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales. En outre, le greffe informe l'héritier de son obligation de faire procéder, dans les quinze jours de sa déclaration, à l'insertion d'un avis dans un journal d'annonces légales diffusé dans le ressort du tribunal.

La Haute juridiction, en rappelant les dispositions de l'article 792 du Code civil, retient que la signification de la société a été réalisée en méconnaissance de la procédure spécifique instituée en matière d'acceptation à concurrence de l'actif net.

Article 792 du Code civil

« Les créanciers de la succession déclarent leurs créances en notifiant leur titre au domicile élu de la succession. Ils sont payés dans les conditions prévues à l'article 796. Les créances dont le montant n'est pas encore définitivement fixé sont déclarées à titre provisionnel sur la base d'une évaluation.

Faute de déclaration dans un délai de quinze mois à compter de la publicité prévue à l'article 788, les créances non assorties de sûretés sur les biens de la succession sont éteintes à l'égard de celle-ci. Cette disposition bénéficie également aux cautions et coobligés, ainsi qu'aux personnes ayant consenti une garantie autonome portant sur la créance ainsi éteinte. »

La Cour de cassation approuve la position des juges d'appel, en rappelant la nécessité de respecter scrupuleusement le moment de la déclaration de créance par les créanciers successoraux. En effet, cette déclaration de l'héritier doit inciter les créanciers à la diligence en les contraignant à se faire connaître auprès de l'héritier, chargé d'assurer le règlement du passif successoral. Elle permet aussi d'encadrer, dans un temps limité, le règlement du passif successoral, le délai pour déclarer les créances étant fixé à quinze mois à compter de la publicité de la déclaration. En effet, au-delà, toute créance chirographaire, mais seulement chirographaire, non inscrite est éteinte à l'égard de la succession toute entière. En outre, cette déclaration fixe le rang de paiement des créanciers qui se fait au « prix à la course », les créanciers chirographaires seront donc payés dans l'ordre des déclarations conformément aux dispositions de l'article 796, alinéa 3 du Code civil.

Cette décision semble justifiée d'un point de vue juridique car elle ne fait qu'appliquer la stricte lettre des textes relatifs à la procédure de déclaration dans l'acceptation à concurrence de l'actif net. Une solution contraire, la validation de la déclaration de créance survenue avant la déclaration d'acceptation, aurait pour effet de faire bénéficier un créancier d'une priorité de paiement

illégitime par rupture d'égalité devant la loi. En outre, une telle solution viderait totalement de sa substance le mécanisme de déclaration des créances et privilégierait ainsi un des créanciers.

En pratique, cette décision peut sembler sévère à l'égard du créancier non déclarant. En effet, ce n'est pas parce qu'il a omis de déclarer sa créance que celle-ci est éteinte mais simplement parce qu'il l'a portée à la connaissance du notaire trop en amont de la procédure d'option et avant l'ouverture du cadre strict lié à la déclaration d'acceptation.

En conclusion, les créanciers, confrontés au décès de leur débiteur, doivent redoubler de vigilance afin d'être à même de respecter toutes les diligences nécessaires à la procédure d'acceptation à concurrence de l'actif net par un héritier. En effet, cette option successorale et la procédure de déclaration de créance qu'elle entraîne favorise les créanciers les plus diligents. S'ils veulent s'assurer du paiement de leur créance, ils devront impérativement surveiller une éventuelle publication afin d'éviter de subir les délais de forclusion.



Source: Ashley Van Haeften, *Encore mes creanciers toujours...* LACMA AC1992.169.2, Flickr.com. Description complète de l'œuvre en cliquant [ici](#).



La modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle

Droit administratif – Licence 2

Par Valérie MARTEL

*Ingénieure d'études en Technologie de la Formation
Chargée d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon*

Loi organique n° 2016-506 du 25 avril 2016 de modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle

Loi n° 2016-508 du 25 avril 2016 de modernisation de diverses règles applicables aux élections

La loi organique n° 2016-506 du 25 avril 2016 de modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle et la loi n° 2016-508 du 25 avril 2016 de modernisation de diverses règles applicables aux élections ont été jugées conforme à la Constitution le 21 avril 2016, promulguées le 25 avril 2016 et publiées au *Journal officiel* du 26 avril 2016.

Elles interviennent essentiellement sur les règles applicables en amont de l'élection et durant le scrutin.

Concernant les parrainages (articles 1 à 3 de la loi organique n° 2016-506), les élus habilités à présenter un candidat - dont la liste a été actualisée pour tenir compte de la réforme territoriale - doivent désormais déposer eux-mêmes leur parrainage au Conseil constitutionnel. Ce n'est donc plus aux candidats de procéder à ce dépôt, ce qui ajoute une contrainte matérielle aux élus mais diminue les risques de pression sur ces derniers.

De plus, tous les parrainages seront rendus publics alors qu'avant seuls 500 de ces parrainages tirés au sort l'étaient.

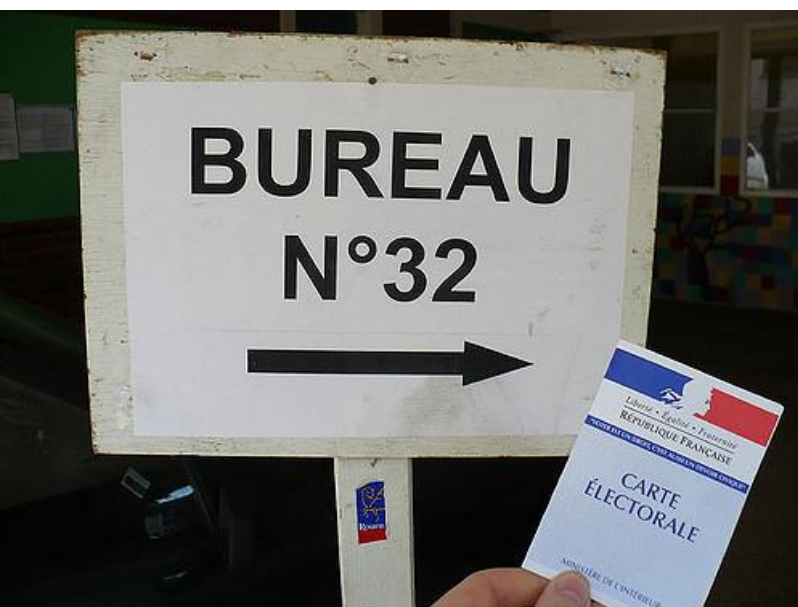
Cela va dans le sens d'une plus grande transparence et d'une responsabilisation du choix de parrainer un candidat mais risque de dissuader les élus agissant seulement pour une représentativité générale des différents courants politiques.

Concernant la campagne électorale audiovisuelle (article 4 de la loi organique n° 2016-506), il est prévu qu'entre la date de publication au *Journal officiel* de la liste des candidats à la veille de l'ouverture de la campagne officielle, la règle d'équité des temps de parole en fonction de la représentativité des candidats et la contribution de chacun à l'animation du débat électoral s'appliquera. Et, ce n'est que durant la campagne officielle d'une durée de quinze jours que la règle d'égalité devra être respectée. Cette mesure risque de réduire la visibilité des candidats issus des partis ayant obtenus de mauvais résultats aux précédentes élections et dans les sondages d'opinion ; la représentativité des candidats et leur contribution à l'animation du débat électoral étant mesuré au regard de ces indicateurs.

Concernant les sondages d'opinion (article 6 de la loi n° 2016-508), ils sont désormais plus strictement encadrés afin de reposer sur une méthode qui se veut avant tout scientifique.



Sources: Ci-dessus: Tonio Vega, *Le vote sous le regard de Marianne*, [Flickr.com](https://www.flickr.com/photos/toniovega/); Ci-dessous: Tonio Vega, *Le sésame pour voter*, [Flickr.com](https://www.flickr.com/photos/toniovega/).



Concernant les comptes de campagnes (articles 6 et 7 de la loi organique n° 2016-506), la période retenue est d'un an.

Concernant les opérations de vote, le scrutin sera toujours ouvert à partir de 8 heures mais sera clos à 19 heures ou 20 heures sur dérogations en fonction de la localisation (article 8 de la loi organique n° 2016-506).

Pour aller plus loin :

- Sur la nature juridique des textes modifiant les règles applicables à l'élection présidentielle : Contrôle, par le Conseil constitutionnel, du caractère organique de deux lois sur l'élection du Président de la République – Jean-Christophe Car, D. 1997. 115 (*Recueil Dalloz* 1997 p.1).
- Sur les comptes de campagne : Appendice – Élection présidentielle : financement de la campagne électorale Mémento à l'usage du candidat et de son mandataire (adopté en séance de commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques le 7 avr. 2016 après avis du Cons. const.). Sur la campagne électorale audiovisuelle :
- Sur la compétence du CSA en matière de contrôle sur le contenu des campagnes radio-télévisées : Le contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel sur le contenu de la campagne radio-télévisée des partis politiques – Jean-Claude Bonichot, RFDA 1993, page 506.
- Sur le contrôle du Conseil constitutionnel : Contrôle par le Conseil constitutionnel de l'égalité d'accès aux médias audiovisuels durant les campagnes électorales – Charles Debbasch, D. 1990. 545 (*Recueil Dalloz* 1990 p. 545).

V. MARTEL



La loi relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires

Fonction publique - Licence 3

Par Valérie MARTEL

*Ingénieure d'études en Technologie de la Formation
Chargée d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon*

Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires

La loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires a été publiée au Journal officiel le 21 avril 2016.

mais également sur les agents contractuels dans la fonction publique.

2. Son contenu correspond à une actualisation du droit de la fonction publique

1. Son champ d'application est large

Elle s'adresse, **en premier lieu**, aux agents des trois fonctions publiques que sont la fonction publique de l'Etat, la fonction publique territoriale et la fonction publique hospitalière. En effet, elle modifie la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, dite Loi Le Pors, portant droits et obligations des fonctionnaires qui constitue le titre 1^{er} des statuts généraux de droit commun de la fonction publique mais également la loi du 11 janvier 1984 sur la fonction publique de l'Etat (titre 2), la loi du 26 janvier 1984 sur la fonction publique territoriale (titre 3) et la loi du 9 janvier 1986 sur la fonction publique hospitalière (titre 4).

Les dispositions de cette loi ne concerne pas, **en deuxième lieu**, seulement les statuts généraux. En venant modifier le Code de justice administrative, le Code des juridictions financières et le Code de la défense, les magistrats et les militaires se voient appliquer certaines règles alors même qu'ils relèvent parfois de statuts spéciaux ou particuliers.

Cette loi n'a, **en dernier lieu**, pas fait de distinction selon la qualité des agents puisqu'elle a des répercussions non seulement sur les fonctionnaires

La loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires fait suite au souhait qu'avait prononcé le Président de la République lors du trentième anniversaire de la loi du 13 juillet 1983 de voir consacrer des règles déontologiques s'appliquant aux agents publics. Elle se compose de 90 articles. Nous n'avons pas ici l'ambition de les traiter dans leur intégralité mais seulement d'en étudier quelques-uns permettant d'aborder certains grands points de cette loi à savoir « un devoir de reconnaissance des valeurs d'exemplarité portées par les agents publics », « la déontologie et la prévention des conflits d'intérêts », « la révision des modalités de cumuls dans la fonction publique », « le contrôle du respect des règles déontologiques », « la rénovation du cadre juridique de la mobilité », le renforcement « des garanties fonctionnelles et disciplinaires des agents publics » et « l'exemplarité des employeurs publics » (titres repris de l'Etude d'impact du 16 juillet 2013 sur le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires). Cette note permettra en outre de constater que le contenu de cette loi a plus vocation à adapter le droit de la

fonction publique qu'à instaurer de véritables nouveautés.

I - La consécration législative de règles existantes

La loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires consacre des principes et notions que le juge administratif avait auparavant dégagé.

Ce constat se vérifie au regard de l'article 1^{er} de la loi qui dispose notamment que : « *Le fonctionnaire exerce ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité. ./.. Dans l'exercice de ses fonctions, il est tenu à l'obligation de neutralité. ./.. Le fonctionnaire exerce ses fonctions dans le respect du principe de laïcité. A ce titre, il s'abstient notamment de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses. ./.. Le fonctionnaire traite de façon égale toutes les personnes et respecte leur liberté de conscience et leur dignité* ». Cet article fait état des principes de dignité, d'impartialité, d'intégrité, de probité, de neutralité et de respect de la laïcité qui s'imposent au fonctionnaire et leur confère une valeur législative. Pour autant, ces principes ne sont pas nouveaux. Le juge administratif s'était déjà exprimé, par exemple, sur le principe de laïcité lorsque le Conseil d'Etat a rendu, dans le cadre de l'enseignement public, son avis du 3 mai 2000, *Dlle Marteaux*.

Ensuite, la loi relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires consacre la notion de conflit d'intérêts en prévoyant, à son article 2, que « *Le fonctionnaire veille à faire cesser immédiatement ou à prévenir les situations de conflit d'intérêts dans lesquelles il se trouve ou pourrait se trouver* ». Cette notion n'est également pas nouvelle ; le juge ayant par exemple eu à statuer sur la prise illégale d'intérêt (CE, 1996,

Société Lambda). Il est toutefois remarquable que la protection qui existe pour les agents publics qui dénoncent un crime ou un délit est étendue aux conflits d'intérêts, ce qui constitue une avancée.

Enfin, l'affirmation de l'égalité homme-femme est sans doute un signe fort aux vues du fait que « *la place des femmes dans la vie publique et économique demeure en retrait* » (Rapport de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi n° 717, 2012-2013, par Virginie Kiès). Pour autant, depuis longtemps, le juge administratif montre son refus d'admettre une inégalité entre les hommes et les femmes bien qu'il accepte qu'une discrimination puisse avoir lieu compte tenu des nécessités du service. Tel a par exemple été le cas lorsque le Conseil d'Etat a statué dans le cadre d'un recours en matière d'accès aux emplois publics (CE, 3 juillet 1936, *Dlle Bobart*). Mais surtout, depuis la loi n° 75-599 du 10 juillet 1975, un seul décret pris après avis du Conseil d'Etat listait les corps pouvant être réservés aux personnes d'un sexe déterminé. Or, dans sa dernière version, ce décret ne contenait plus que sept corps ce qui minimise au moins quantitativement l'apport de la loi sur ce point.

II - L'adaptation des règles au fonctionnement moderne de la fonction publique

Les véritables nouveautés de la loi résultent davantage des règles ayant vocation à adapter ou à instaurer des règles visant à mettre en adéquation le droit avec les nécessités de fonctionnement de la fonction publique.

Par exemple, la loi a renforcé les règles sur le cumul d'activités. L'article de 7 de la loi dispose ainsi qu' : « ... *Il est interdit au fonctionnaire : ./.. « 1° De créer ou de reprendre une entreprise lorsque celle-ci donne lieu à immatriculation au registre du*

commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ou à affiliation au régime prévu à l'article L. 133-6-8 du Code de la sécurité sociale, s'il occupe un emploi à temps complet et qu'il exerce ses fonctions à temps plein...». L'interdiction de ce cumul était déjà la règle mais cette dernière n'appréhendait pas la situation d'un cumul avec le statut d'auto-entrepreneur. Et pour cause, celui-ci n'existait pas ! Mais cette interdiction de cumul a été largement étendue.

En réponse à l'actualité qui a pointé du doigt les « parachutes dorés », le législateur a prévu, dans un souci d'améliorer la transparence de la vie publique, qu' : *« Il est interdit à tout fonctionnaire qui, placé en position de détachement, de disponibilité ou hors cadre et bénéficiant d'un contrat de droit privé, exerce en tant que cadre dirigeant dans un organisme public ou un organisme privé bénéficiant de concours financiers publics et qui réintègre son corps ou cadre d'emplois d'origine, de percevoir des indemnités liées à la cessation de ses fonctions au sein de cet organisme, à l'exception de l'indemnité compensatrice de congés payés »* (article 11 de la loi).

Le champ de la protection fonctionnelle des agents et de leur famille, c'est-à-dire la protection juridique de l'agent ou de sa famille par l'administration à laquelle appartient ledit agent, a été étendue. Elle bénéficie désormais tout d'abord aux agents poursuivis par un tiers en raison d'une faute de service c'est-à-dire *« l'acte dommageable impersonnel, s'il révèle un administrateur plus ou moins sujet à erreur »* (commissaire du gouvernement Laferrière sur TC, 1877, *Laumonnier-Carriol*). Cette protection est également due si l'agent est poursuivi pénalement si la faute n'est pas détachable de ses fonctions (CE, 1973, *Sadoudi*). Enfin, l'administration doit désormais *« protéger le fonctionnaire contre les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, les violences, les agissements constitutifs de*

harcèlement, les menaces, les injures, les diffamations ou les outrages dont il pourrait être victime sans qu'une faute personnelle puisse lui être imputée » (article 20 de la loi).

La situation des agents contractuels est améliorée que ce soit par le fait que leurs droits sont en principe alignés sur ceux des fonctionnaires ou qu'il est possible de les recruter en contrat à durée indéterminée pour les postes où il n'existe pas de corps de fonctionnaire. Cette règle pragmatique vise à anticiper les évolutions de la fonction publique.

Enfin, la mise en place d'un dispositif donnant une priorité d'affectation ou de détachement aux agents dont l'emploi a été supprimé dans la fonction publique d'Etat vise à assurer aux agents - qui se distinguent des usagers (CE Sect., 1961, *Vannier*) - un minimum de garantie face à l'exigence de mutabilité de leur service.

Ce faisant, la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires a adapté les règles applicables aux agents publics dans un souci de modernisation de la fonction publique et de maintien des règles du service public.

V. MARTEL

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 scientifique
Hervé CROZE

Rédactrice en chef
Céline WRAZEN

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

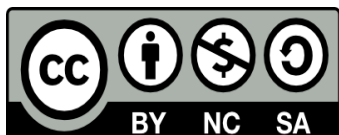
Lieu
Faculté de droit virtuelle
15 quai Claude Bernard
69007 Lyon

Photos
Licence Creative commons
Flickr.com

Photo de la page de garde
Auteur : Matthias Müller,
Prison, Simply a picture of a
wall, [Flickr.com](https://www.flickr.com/photos/matthiasmueller/)

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

Photo de Maïthé SAMBUI
David LEFAIX
lefaixdavid@gmail.com





[LA GAZETTE.FR](http://LA.GAZETTE.FR)