

# Revue

## Lexbase La lettre juridique

n° 657 — 2 juin 2016

### Table des matières

<b>Sommaire</b>	<b>3</b>
<b>Avocats/Accès à la profession</b>	<b>3</b>
[Brèves] Refus d'autoriser une élève avocate à passer les épreuves du Capa : obligation préalable de réaliser un stage continu de six mois auprès d'un avocat . . . . .	3
[Brèves] "Passerelle" pour les juristes d'entreprise : dérogation à l'obligation d'avoir exercé sur le territoire français par un accord international de coopération en matière de justice (non) . . . . .	4
<b>Bail professionnel</b>	<b>4</b>
[Brèves] Modalités de publication et de notification des décisions prises en vue de la détermination des paramètres d'évaluation des valeurs locatives des locaux . . . . .	5
<b>Contrat de travail</b>	<b>5</b>
[Brèves] Absence de droit à réparation faute de préjudice résultant de l'illicéité de la clause de non-concurrence . . . . .	6
[Brèves] Requalification du contrat de travail intermittent en CDI à temps plein en l'absence de mention dans le contrat des périodes travaillées et non travaillées . . . . .	7
<b>Douanes</b>	<b>7</b>
[Questions à...] L'actualité du droit des douanes — Questions à <b>Maître Stéphane Chasseloup, Avocat associé chez Fidal</b> . . . . .	8
<b>Droit de la famille</b>	<b>10</b>
[Jurisprudence] Porter ou ne pas porter le nom de son père, telle est la question... . . . . .	11
<b>Droit des étrangers</b>	<b>14</b>
[Jurisprudence] Le principe de l'unité familiale : un principe général du droit examiné d'office . . . . .	15
[Brèves] Contrôle d'identité judiciaire ciblé dans le temps et l'espace suffisant à garantir le caractère non systématique des opérations . . . . .	21
<b>Electoral</b>	<b>21</b>
[Brèves] Condition d'éligibilité au conseil régional tenant à la domiciliation dans une région : nécessité d'un principal établissement au sens de l'article 102 du Code civil . . . . .	22

<b>Entreprises en difficulté</b>	<b>22</b>
[Brèves] Tarifs des administrateurs judiciaires, commissaires à l'exécution du plan, mandataires judiciaires et aux liquidateurs . . . . .	23
<b>Fiscalité du patrimoine</b>	<b>23</b>
[Brèves] ISF : déductibilité d'un dividende distribué sous la forme d'un quasi-usufruit ? . . . . .	24
<b>Notaires</b>	<b>24</b>
[Jurisprudence] SCP de notaires : nullité d'une clause d'un acte de cession de parts sociales . . . . .	25
<b>Procédure pénale</b>	<b>28</b>
[Brèves] Déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions relatives au permis de visite au profit d'un membre de la famille d'un prévenu . . . . .	29
<b>Procédures fiscales</b>	<b>29</b>
[Brèves] Renvoi d'une QPC relative à la faculté exclusive pour l'administration de poursuivre un contribuable pour fraude fiscale . . . . .	30
<b>Rémunération</b>	<b>30</b>
[Jurisprudence] Le transfert des avoirs placés au sein d'un plan d'épargne d'entreprise . . . . .	31
<b>Santé</b>	<b>33</b>
[Brèves] PMA : autorisation du Conseil d'Etat pour l'exportation de gamètes en vue d'une insémination <i>post-mortem</i> réalisée à l'étranger . . . . .	34
<b>Sociétés</b>	<b>34</b>
[Jurisprudence] Les enjeux de la non-immatriculation d'une société civile immobilière . . . . .	35

## Avocats/Accès à la profession

# [Brèves] Refus d'autoriser une élève avocate à passer les épreuves du Capa : obligation préalable de réaliser un stage continu de six mois auprès d'un avocat

N° Lexbase : N2933BWK

Réf. : CA Rennes, 17 mai 2016, n° 15/08 689 (N° Lexbase : A4390RPB)

Est fondée la décision du conseil d'administration de l'école des avocats refusant d'inscrire une élève avocate sur la liste des candidats autorisés à passer les épreuves du CAPA, au motif qu'elle n'avait pas satisfait à son obligation de réaliser un stage continu de six mois auprès d'un avocat. Telle est la solution d'un arrêt de la cour d'appel de Rennes, rendu le 17 mai 2017 (CA Rennes, 17 mai 2016, n° 15/08 689 N° Lexbase : A4390RPB). Dans cette affaire, une élève avocate contestait le refus émanant du conseil d'administration de l'école de l'inscrire sur la liste des candidats au CAPA. Or, l'année précédente, cette élève avocate n'avait pu, déjà, se présenter aux épreuves de la session 2014 par décision du conseil d'administration de l'école du 19 août 2014, au motif qu'elle ne satisfaisait pas aux obligations requises par l'article 58, alinéa 2, du décret du 27 novembre 1991 (N° Lexbase : L8168AID), aux termes duquel l'élève avocat doit accomplir une troisième période de formation de six mois consacrée à un stage auprès d'un avocat, dans la mesure où elle ne justifiait effectivement, que d'une durée de stage de quatorze semaines, en deux périodes, du 9 juin au 9 juillet 2014 et du 28 juillet au 30 septembre 2014. L'élève avocate avait formé un recours contre cette décision et elle en a été déboutée par arrêt du 9 juin 2015 (CA Rennes, 9 juin 2015, n° 14/07 830 N° Lexbase : A5030NKI ; lire N° Lexbase : N7989BUG). Alors que l'article 58-1° prévoit que les trois périodes de formation définies aux articles 57 et 58 doivent être effectuées en continu, le conseil d'administration fixe l'ordre dans lequel elles se déroulent successivement et, à titre exceptionnel, le Conseil national des barreaux peut autoriser un centre régional de formation professionnelle à organiser ces trois périodes en alternance, l'élève avocate ne pouvait obtenir que le conseil d'administration, qui avait l'année précédente refusé de l'autoriser à se présenter aux épreuves du CAPA, l'y autorise cette fois-ci puisque la réalisation partielle en 2014 de son stage initial de formation empêchait que la période exigée de six mois soit effectuée en continu, la reprise d'un stage chez un avocat pour une période de deux mois et demi, un an après que le stage initial ait été effectué ne rentrant pas davantage dans une possibilité d'organisation en alternance, à la supposer autorisée pour l'école par le Conseil national des barreaux (cf. l'Encyclopédie "La profession d'avocat" N° Lexbase : E7725ETB et N° Lexbase : E7737ETQ).

## Avocats/Accès à la profession

# [Brèves] "Passerelle" pour les juristes d'entreprise : dérogation à l'obligation d'avoir exercé sur le territoire français par un accord international de coopération en matière de justice (non)

N° Lexbase : N2947BW3

Réf. : CA Versailles, 23 mai 2016, n° 15/07 197 (N° Lexbase : A1569RQ8)

L'exercice de l'activité de juriste d'entreprise doit avoir eu lieu sur le territoire français afin que le candidat ait pu acquérir les connaissances nécessaires en droit français. L'article 28 de l'accord de coopération en matière de justice entre la France et la République centrafricaine du 18 janvier 1965 repris pour publication dans le décret n° 67-402 du 27 avril 1967, ne fait pas exception à ces dispositions. En effet, il prévoit exclusivement la possibilité, sous certaines conditions, pour un avocat inscrit aux barreaux centrafricains d'assister ou représenter les parties devant toutes les juridictions françaises et inversement pour un avocat français d'assister ou représenter les parties devant toutes les juridictions centrafricaines. Il ne contient aucune disposition dérogatoire concernant les conditions d'inscription à un barreau français. Est rejetée la demande d'inscription au tableau d'un juriste d'entreprise n'ayant exercé qu'en République centrafricaine. Telle est la solution d'un arrêt de la cour d'appel de Versailles, rendu le 23 mai 2016 (CA Versailles, 23 mai 2016, n° 15/07 197 N° Lexbase : A1569RQ8 ; dans le même sens, Cass. civ. 1, 28 mars 2008, n° 06-21.051, FS-P+B N° Lexbase : A6034D7M). Dans cette affaire, un juriste d'entreprise ayant exercé principalement en République centrafricaine entendait bénéficier des mesures dérogatoires de l'article 98-3° et 6° du décret du 27 novembre 1991 pour être inscrit au tableau d'un Ordre des avocats. Le conseil de l'Ordre rejeta sa demande ; rejet confirmé par la cour d'appel de Versailles : l'accord de coopération en matière de justice entre la France et la République centrafricaine du 18 janvier 1965 ne dérogeant pas à l'obligation d'avoir exercé sur le territoire français pour bénéficier de la dispense de la formation théorique et pratique et du certificat d'aptitude à la profession d'avocat. A noter que l'exigence, pour bénéficier de l'accès dérogatoire à la profession d'avocat, d'une activité juridique exercée sur le territoire français pendant au moins huit ans pourrait être remise en cause, à l'occasion d'une QPC transmise au Conseil constitutionnel, car elle est susceptible de porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre (Cass. QPC, 4 mai 2016, n° 14-25.800, FS-P+B N° Lexbase : A3316RMR) (cf. l'Encyclopédie "La profession d'avocat" N° Lexbase : E0304E7E).

## Bail professionnel

# [Brèves] Modalités de publication et de notification des décisions prises en vue de la détermination des paramètres d'évaluation des valeurs locatives des locaux

N° Lexbase : N3013BWI

**Réf. :** Décret n° 2015-751 du 24 juin 2015, relatif aux modalités de publication et de notification des décisions prises en vue de la détermination des paramètres d'évaluation des valeurs locatives des locaux professionnels (N° Lexbase : L9700I8R)

Un décret, publié au Journal officiel du 27 mai 2016, modifie le décret n° 2015-751 du 24 juin 2015 (N° Lexbase : L9700I8R), relatif aux modalités de publication et de notification des décisions prises en vue de la détermination des paramètres d'évaluation des valeurs locatives des locaux (décret n° 2016-673 du 25 mai 2016 N° Lexbase : L2859K8E). En effet, conformément au VII de l'article 34 de la loi n° 2010-1658 du 29 décembre 2010 (N° Lexbase : L9902IN3), les tarifs d'évaluation sont fixés par la commission départementale des valeurs locatives des locaux professionnels, après avis des commissions communales des impôts directs ou, en cas de désaccord entre les commissions précitées, par la commission départementale des impôts directs locaux dans un délai de trente jours. Le décret n° 2015-751 du 24 juin 2015 prévoit les modalités de publication et de notification de ces tarifs. En application du B du IV du même article 34, ces tarifs par mètre carré sont déterminés à partir des loyers moyens constatés dans chaque secteur d'évaluation par catégorie de propriétés au 1er janvier 2013, date de référence de la révision. Si les loyers sont en nombre insuffisant ou ne peuvent pas être retenus, les tarifs sont déterminés par comparaison avec les tarifs fixés pour les autres catégories de locaux du même sous-groupe du même secteur d'évaluation. A défaut d'éléments suffisants ou pouvant être retenus au sein du même secteur d'évaluation, ces tarifs sont déterminés par comparaison avec ceux qui sont appliqués pour des propriétés de la même catégorie ou, à défaut, du même sous-groupe dans des secteurs d'évaluation présentant des niveaux de loyers similaires, dans le département ou dans un autre département. Le D du VII de l'article 34 de la loi n° 2010-1658 précitée issu du C du I de l'article 48 de la loi n° 2015-1786 du 29 décembre 2015, de finances rectificative pour 2015 (N° Lexbase : L1131KWS), précise que lorsque les décisions des commissions départementales relatives aux tarifs ne sont manifestement pas conformes au B du IV de l'article 34 de la loi de finances rectificative pour 2010, l'administration fiscale saisit, avant leur notification ou publication, la commission départementale des impôts directs locaux afin qu'elle élabore de nouveaux tarifs. Cette commission dispose d'un délai de trente jours pour fixer de nouveaux tarifs conformes. A défaut, ils sont arrêtés par le préfet, lequel doit motiver sa décision lorsqu'elle s'écarte de celle de la commission départementale des impôts directs locaux. Conformément au troisième alinéa dudit D, les tarifs ainsi fixés sont publiés et notifiés dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. Le décret modifie donc le décret n° 2015-751 afin de préciser les modalités de notification et de publication des décisions prises en application du D du VII de l'article 34 de la loi de finances rectificative pour 2010.

## Contrat de travail

# [Brèves] Absence de droit à réparation faute de préjudice résultant de l'illicéité de la clause de non-concurrence

N° Lexbase : N2984BWG

Réf. : Cass. soc., 25 mai 2016, n° 14-20.578, F-P+B (N° Lexbase : A0354RRK)

Le salarié qui ne subit aucun préjudice résultant de l'illicéité de la clause de non-concurrence n'a pas droit à réparation. Telle est la solution dégagée par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 25 mai 2016 (Cass. soc., 25 mai 2016, n° 14-20.578, F-P+B N° Lexbase : A0354RRK).

En l'espèce, M. X a été engagé par la société Y en qualité de démarcheur chargé de suivre et développer une clientèle de particuliers. Le salarié a pris acte de la rupture du contrat de travail le 27 octobre 2010, après avoir été convoqué à un entretien préalable à son éventuel licenciement. Il a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes liées à l'exécution et à la rupture du contrat de travail.

La cour d'appel (CA Poitiers, 14 mai 2014, n° 13/00 137 N° Lexbase : A2207MLC) ayant débouté le salarié de sa demande d'indemnisation du préjudice résultant de l'illicéité et de l'annulation de la clause de non-concurrence, ce dernier s'est pourvu en cassation.

Cependant, en énonçant la règle susvisée, la Haute juridiction rejette le pourvoi (cf. l'Encyclopédie "Droit du travail" N° Lexbase : E5208EX8).

## Contrat de travail

# [Brèves] Requalification du contrat de travail intermittent en CDI à temps plein en l'absence de mention dans le contrat des périodes travaillées et non travaillées

N° Lexbase : N2986BWI

Réf. : Cass. soc., 25 mai 2016, n° 15-12.332, F-P+B (N° Lexbase : A0180RR4)

L'absence de mention dans le contrat de travail intermittent des périodes travaillées et non travaillées entraîne la requalification de ce contrat en contrat à durée indéterminée de droit commun à temps plein. Telle est la solution dégagée par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 25 mai 2016 (Cass. soc., 25 mai 2016, n° 15-12.332, F-P+B N° Lexbase : A0180RR4 ; sur ce thème voir également Cass. soc., 19-02-2014, n° 12-17.443, F-D N° Lexbase : A7590MET).

En l'espèce, M. X a été engagé par l'association Y en qualité de moniteur de voile à compter de l'année 2000 dans le cadre de contrats à durée déterminée, le salarié exerçant les fonctions de moniteur de ski durant la saison hivernale. Les parties ont signé un contrat de travail intermittent le 3 mai 2003. Le salarié a pris acte de la rupture par lettre du 29 juin 2009 avant de saisir la juridiction prud'homale de diverses demandes au titre de l'exécution et de la rupture du contrat de travail.

Pour débouter le salarié de sa demande de requalification du contrat de travail intermittent en contrat à temps complet, la cour d'appel (CA Aix-en-Provence, 2 décembre 2014, n° 14/02 650 N° Lexbase : A7231M4L) retient, par motifs adoptés, que ce qui importait au salarié était de disposer d'un travail et d'un salaire minimal pour la période de l'année où il n'enseignait pas le ski, sans que les dates et jours de recours à services aient beaucoup d'importance. Par motifs propres, elle retient, d'une part, que le salarié a exécuté une relation de travail saisonnière puis intermittente durant six années en qualité de moniteur de voile, concurremment avec une autre activité de moniteur de ski, ce qui démontre qu'il ne s'est pas tenu durant la morte saison à la disposition du club nautique, et, d'autre part, que son employeur lui a vainement proposé de poursuivre la relation de travail pour la saison 2009, de sorte que sa prise d'acte, basée sur des manquements de cet employeur à ses obligations, ne peut être admise et qu'elle produira les effets d'une démission privative de toute indemnité. A la suite de cette décision, le salarié s'est pourvu en cassation.

En énonçant la règle susvisée, la Haute juridiction casse l'arrêt au visa de l'article L. 3123-31 du Code du travail (N° Lexbase : L0446H9E). Elle précise qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'elle avait relevé que le contrat se bornait à mentionner les heures de travail, la cour d'appel, qui n'a pas constaté que celui-ci comportait la mention des périodes travaillées et non-travaillées, a violé le texte susvisé (cf. l'Encyclopédie "Droit du travail" N° Lexbase : E0467ETH).

## Douanes

# [Questions à...] L'actualité du droit des douanes — Questions à Maître Stéphane Chasseloup, Avocat associé chez Fidal

N° Lexbase : N3005BW9



par Jules Bellaïche, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo — édition fiscale

Le droit des douanes a connu une actualité dense ces dernières semaines. En effet, en premier lieu, le Code des douanes de l'Union est entré en vigueur le 1er mai 2016. Ce nouveau code a pour objectif d'adapter la législation douanière européenne aux évolutions du commerce international. En second lieu, les Hautes juridictions ont rendu récemment deux arrêts notables : un concernant le blanchiment douanier (Cass. crim., 4 mai 2016, n° 15-80.215, F-P+B N° Lexbase : A3345RN9), et l'autre relatif à une différence de traitement entre contribuables à propos de la taxe générale sur les activités polluantes (Cons. const., 22 avril 2016, n° 2016-537 QPC N° Lexbase : A9208RKA). Il conviendra, par la suite, de s'interroger sur les prochaines nécessités en matière douanière.

Pour en savoir plus sur ces sujets, Lexbase Hebdo — édition fiscale a interrogé Maître Stéphane Chasseloup, Avocat associé chez Fidal.

**Lexbase : Le Code des douanes de l'Union (CDU) est entré en vigueur le 1er mai 2016. Quel est l'objet de ce nouveau Code et quel va être concrètement son apport vis-à-vis du droit français ?**

**Stéphane Chasseloup** : Comme beaucoup de spécialistes l'ont dit ou écrit, le CDU constitue plus une évolution qu'une véritable révolution, même si il ne faut toutefois pas minimiser ses conséquences.

Le nouveau Code des douanes de l'Union (CDU), issu du Règlement n° 952/2013 du 9 octobre 2013 (N° Lexbase : L4115I3S), remplace le Code des douanes Communautaire, en vigueur depuis vingt ans et devenu inadapté face à l'accélération des échanges et le menace terroriste grandissante. Entré en vigueur le 1er mai dernier, ce CDU (entendu avec ses dispositions d'application) vient moderniser les échanges entre les opérateurs et les administrations douanières des vingt-huit Etats membres en consacrant des objectifs déjà fixés : dématérialisation, *self assessment*, sécurité... mais vient aussi renforcer la contrainte, notamment en matière de valeur en douane. L'objectif du sans papier y est réaffirmé et une nouvelle étape est ainsi franchie avec la volonté à terme de solutions douanières informatiques communes aux Etats membres pour 2020.

Qualifié par l'administration des douanes françaises de "passeport incontournable", l'opérateur économique agréé (OEA) voit son statut quasi-consacré par le CDU. Ce dernier le place au cœur des simplifications douanières (dé-douanement centralisé, garantie globale, autoévaluation à terme) dont pourront bénéficier les opérateurs communautaires dans leurs opérations à l'international. En matière de valeur en douane, le CDU impose la dernière vente avant importation comme base déclarative des droits de douane à l'importation dans l'Union, condamnant ainsi toute possibilité d'utiliser une vente antérieure dans la chaîne des transactions. C'est bien la mort, hors les bénéficiaires de la "Sunset Clause", de la théorie de la première vente à l'export. On peut d'ailleurs, à ce titre, légitimement s'interroger sur la conformité de ces dispositions communautaires aux règles de la valeur en douane de l'OMC.

Le nouveau Code vient également renforcer l'intégration des redevances et droits de licence dans la valeur en douane à l'importation. L'opérateur devra se poser rapidement la question de l'impact de ses nouvelles règles en pratique. Enfin, deux évolutions majeures viennent directement bouleverser le paysage douanier français : la fin du monopole de représentation directe des commissionnaires en douane qui aura certainement pour conséquence un accroissement des pouvoirs du mandant et l'allongement du délai de prescription en matière douanière de trois à cinq ans (à l'intérieur du délai de dix ans...).

Les promesses du CDU sont grandes mais les opérateurs doivent rester attentifs, notamment durant la période transitoire. Ceux qui identifieront rapidement les opportunités du nouveau Code auront en tout état de cause une longueur d'avance sur leurs concurrents.

**Lexbase : Dans un arrêt rendu le 4 mai 2016 par la Cour de cassation (Cass. crim., 4 mai 2016, n° 15-80.215, F-P+B), les requérants ont eu gain de cause face à l'administration car le délit de blanchiment en question n'était pas prévu par le Code des douanes. Cette décision vous semble-t-elle justifiée au regard des faits ?**

**Stéphane Chasseloup** : Trop souvent oublié, et toujours à encadrer, l'un des multiples rôles de l'administration douanière est le contrôle des transferts de capitaux et du blanchiment. Cette dernière outrepassa parfois elle-même la limite de ses pouvoirs dans ce domaine.

La décision de cassation partielle de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 4 mai 2016 en est une illustration. Elle refuse reconnaître les opérateurs coupables d'une infraction de blanchiment douanier en France, lorsque le point de départ et la substance du schéma de blanchiment se situent sur le territoire algérien. Selon la Cour, les fonds perçus par la société et ses mandataires ne provenaient pas d'une infraction au Code des douanes national mais d'une éventuelle infraction à la législation algérienne, hors du champ de compétence de la législation et des juridictions françaises, ne permettant pas de déduire, sur ce seul fondement, l'origine frauduleuse des fonds et ainsi de fonder le chef accessoire d'infraction de blanchiment douanier.

Nous ne pouvons qu'accueillir favorablement cette position de la Haute cour, s'agissant de l'infraction alléguée de blanchiment douanier.

**Lexbase : Le Conseil constitutionnel a autorisé une différence de traitement entre contribuables concernant des échanges avec les départements d'outre-mer (Cons. const., 22 avril 2016, n° 2016-537 QPC). Cette solution est-elle logique ?**

**Stéphane Chasseloup** : Si il est bien un territoire national à la fiscalité particulière, ce sont les départements (ou collectivités) d'outre-mer. Etant exclus du territoire fiscal de l'Union, ils constituent des territoires d'exportation pour les biens expédiés de la métropole à destination de ceux-ci.

Il est toujours délicat d'appréhender l'application de la fiscalité nationale dans les relations entre la métropole et les DOM. L'importation est-elle un fait générateur de la taxe générale sur les activités polluantes (TGAP) ? L'importateur domien livrant des biens sur son territoire ayant acheté par exemple des lessives auprès d'un opérateur métropolitain peut-il à nouveau être taxé, à quelque titre que ce soit, alors qu'une première livraison, certes exonérée, avait déjà été effectuée en métropole ?

Pour rappel, avant le 1er janvier 2016, l'article 268 ter du Code des douanes (N° Lexbase : L3930KWH) prévoyait les échanges entre la France métropolitaine et chacun des départements d'outre-mer sont assimilés à des opérations d'importation ou d'exportation. Le Conseil devait, au cas soumis, décider si une discrimination existait entre les opérateurs qui reçoivent des produits pour lessives en métropole depuis les DOM, qui sont exonérés de taxe générale sur les activités polluantes, et ceux qui en reçoivent dans un département d'outre-mer, qui sont soumises à cette taxe dès lors qu'elles les livrent ou les utilisent par la suite.

Face à cette question à notre sens mal posée, les Sages n'ont pas vu de rupture d'égalité et ont affirmé la conformité des dispositions de l'article 268 ter du Code des douanes. On notera que la loi de finances rectificative pour 2015 (loi n° 2015-1786 du 29 décembre 2015, de finances rectificative pour 2015 N° Lexbase : L1131KWS) a supprimé au 1er janvier 2016 toute référence à l'article 266 sexies du Code des douanes (N° Lexbase : L3935KWN) dans l'article 268 ter du Code des douanes.

Les échanges métropole/DOM-COM ne sont plus des exportations ou des importations. Le législateur a donc de lui-même corrigé une rupture qui n'a pas été consacrée par le Conseil : la reconnaissance d'un seul fait générateur pour une seule taxation !

**Lexbase : Selon vous, quelles seraient les mesures les plus urgentes à adopter en matière douanière ?**

**Stéphane Chasseloup** : L'urgence réside en premier lieu dans la mise en œuvre d'une meilleure protection des intérêts communautaires par la mise en œuvre notamment de droits *antidumping* ou du renforcement des mesures anti-contrefaçon. Au contraire, les Etats-Unis, la Chine, le Brésil, l'Inde ne se sont pas imposés de limites sur ces sujets.

La deuxième urgence réside naturellement, et ce pour faciliter les opérations des acteurs économiques, dans l'obligation d'un rapprochement entre les prix de transfert et la valeur en douane. Le projet BEPS, les obligations de CBCR, ne peuvent être envisagés sans que soient prises en compte les contraintes de la valeur en douane. Les choses avancent toutefois : les récentes déclarations du Secrétaire général de l'Organisation mondiale des douanes et les différents écrits de l'OCDE laissent entrevoir à moyen terme des solutions de traitement commun du sujet.

Par ailleurs, la question du dédouanement centralisé communautaire issu du CDU va faire débat et naturellement poser la question du choix de l'Etat membre de centralisation pour les groupes internationaux important ou exportant dans plusieurs Etats membres. Face à ce constat, il semble urgent de motiver les opérateurs à dédouaner leurs marchandises en France. La première des mesures incitatives serait de faciliter le dédouanement et de réduire au maximum la charge financière inhérente à ces opérations. La récente loi sur l'économie bleue est venue consacrer la généralisation l'autoliquidation de la TVA à l'importation. Pour rappel, cette opportunité était auparavant réservée aux importateurs titulaires de procédure de domiciliation unique, soit environ 300 bénéficiaires. Les associations professionnelles avaient donc proposé une extension du bénéfice de la mesure aux titulaires du statut d'OEA, sans succès. C'est donc dans le contexte du projet de loi sur l'économie bleue qu'un amendement a été déposé (contre l'avis du Gouvernement) et adopté en termes égaux par l'Assemblée nationale et le Sénat. Depuis cette consécration, le Gouvernement et l'administration ont multiplié les déclarations pour affirmer qu'une telle mesure induirait une augmentation du risque de fraude à la TVA : des sociétés non établies dans l'UE pourraient importer plus facilement des marchandises dans l'UE puis les revendre en collectant la TVA, sans la reverser au Trésor. Il serait à ce titre intéressant de mesurer les niveaux de fraude à la TVA sur les Etats des membres voisins proches de la France qui ont depuis longtemps adopté ce dispositif. Gageons que cette autoliquidation généralisée sera *in fine* consacrée !

Un autre déficit d'attractivité du territoire national réside certainement également dans le niveau important et le caractère pénal des infractions douanières nationales. Il devient primordial d'harmoniser les sanctions douanières au sein de l'Union européenne. La Commission européenne a tenté une proposition de Directive du 13 décembre 2013 qui reste à l'heure actuelle très débattue, tant les disparités en termes de sanctions douanières sont importantes au sein de l'Union européenne.

En tout état de cause, au niveau national, le temps de la dépenalisation du droit douanier n'est-il pas venu ? Depuis longtemps sollicitée par les opérateurs, la substitution de sanctions administratives (à l'instar du droit fiscal, hors les cas de fraude) en matière douanière permettrait de ne plus effrayer les importateurs. Une telle dépenalisation aurait également pour intérêt de faire revenir la prescription de la dette douanière à trois ans en lieu et place des cinq ans prévu par le nouvel article 354 bis du Code des douanes (N° Lexbase : L3662KWK). En effet, le législateur français a été contraint d'adapter le droit national aux dispositions de l'article 103 du CDU qui prévoit une extension du délai à cinq ou dix ans si les faits reprochés sont passibles de poursuites judiciaires répressives, ce qui est toujours le cas en contentieux douanier national. Le chantier reste donc important.

## Droit de la famille

# [Jurisprudence] Porter ou ne pas porter le nom de son père, telle est la question...

N° Lexbase : N3042BWL



par Adeline Gouttenoire, Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux, Directrice de l'Institut des Mineurs de Bordeaux et Directrice du CERFAP, Directrice scientifique des Encyclopédies de droit de la famille

Réf. : Cass. civ. 1, 11 mai 2016, n° 15-17.185, F-P+B (N° Lexbase : A0720RPD)

**Contradiction.** L'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 11 mai 2016 (Cass. civ. 1, 11 mai 2016, n° 15-17.185, F-P+B) revêt un intérêt singulier en ce qu'il semble, du moins au premier abord, contredire une autre décision rendue moins d'un an auparavant sur la même question (Cass. civ. 1, 8 juillet 2015, n° 14-20.417, F-D N° Lexbase : A7760NMD (1)). Il s'agissait, en effet, dans les deux espèces, d'un enfant dont la filiation paternelle a été établie judiciairement à l'initiative de sa mère laquelle demandait au tribunal d'attribuer à l'enfant le nom de son père, alors que ce dernier avait clairement exprimé son intention de n'avoir aucun rapport avec l'enfant. Les deux hypothèses se distinguaient simplement par le fait que dans le premier cas il s'agissait d'une substitution de nom alors que dans le second, la demande portait seulement sur l'adjonction du nom du père à celui de la mère ; en outre, le premier père avait refusé l'expertise génétique alors qu'il semble que le second l'avait acceptée.

**Rejet de la demande.** Ce sont surtout les solutions des deux arrêts qui semblent contradictoires puisque dans l'arrêt de 2015, la Cour de cassation avait admis que la cour d'appel de Paris (2) accueille favorablement la demande tendant à ce que l'enfant porte le nom de son père, alors que dans l'arrêt de 2016, la Haute cour admet, à l'inverse, que la cour d'appel d'Aix-en-Provence rejette la demande d'adjonction du nom du père. Elle considère en effet, que *"la cour d'appel, qui ne s'est pas déterminée par un motif d'ordre général ou par un motif hypothétique, a pris en considération l'ensemble des intérêts en présence, dont celui supérieur de l'enfant, et a relevé, d'une part, que son nom n'avait pas d'incidence sur le lien de filiation, qui était judiciairement établi et n'était plus contesté, d'autre part, qu'accoler au nom de la mère celui d'un père qui n'entendait pas s'impliquer dans la vie de l'enfant et s'intéresser à lui risquait de confronter en permanence ce dernier au rejet dont il était l'objet de la part de son père ; que par ces motifs, la cour d'appel a souverainement estimé qu'au regard du contexte familial, il n'était pas de l'intérêt de l'enfant de porter le nom de son père"*.

En réalité, ces décisions ne traduisent pas l'incohérence de la jurisprudence de la Cour de cassation, mais la limite de son contrôle. En effet, dès lors que la décision relative au nom de l'enfant dont la filiation est judiciairement établie, doit être fondée sur une approche concrète de l'intérêt de l'enfant, la Cour de cassation n'exerce qu'un contrôle limité sur la prise en compte de l'intérêt de l'enfant (A) du fait de l'appréciation souveraine des juges du fond susceptible de diverger d'une cour d'appel à une autre (B).

**I — Le contrôle limité de la Cour de cassation sur la prise en compte de l'intérêt de l'enfant de porter ou pas le nom de son père**

**Compétence du tribunal de grande instance.** Dans un avis du 13 septembre 2010 (3), la Cour de cassation a admis la compétence du tribunal de grande instance pour changer le nom de l'enfant lorsqu'il établit sa seconde

filiation, en se fondant sur l'article 331 du Code civil (N° Lexbase : L8833G9Z) qui prévoit que le tribunal qui se prononce sur le lien de filiation statue également, notamment, sur l'attribution du nom de l'enfant. L'arrêt de la première chambre civile du 9 février 2011 (4) a cependant rappelé que la substitution du nom de l'enfant, au profit du nom du père dont la filiation est établie judiciairement, ne saurait résulter de la seule demande de la mère et qu'elle doit être conforme à l'intérêt de l'enfant, lequel, précisera l'arrêt du 8 juillet 2015, est laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond.

**Notion déterminable.** Notion indéterminée, l'intérêt supérieur de l'enfant n'en est pas moins déterminable et c'est justement cette détermination qui est au cœur de la mise en œuvre du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant contenu dans l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (N° Lexbase : L6807BHL). Selon les termes de Jacques Commailles (5) opportunément repris par Hakkim Habadi, "*l'intérêt supérieur de l'enfant est une délégation du juridique vers le judiciaire*" (6). L'intérêt de l'enfant constitue un standard, c'est-à-dire un instrument de mesure (7), ce qui implique qu'il ne peut, par hypothèse, être prédéterminé. S'inscrivant dans ce que le Doyen Carbonnier qualifiait "*d'aptitude du droit à se mouvoir*" (8), l'intérêt supérieur de l'enfant est justement un facteur d'adaptabilité du droit et c'est sans aucun doute ce qui constitue sa principale richesse.

**Prise en compte de l'intérêt de l'enfant.** La Cour de cassation veille, depuis qu'elle a admis l'effet direct de l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, au respect par les juges du fond, du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant dans toute décision le concernant. Ainsi, dans l'arrêt du 11 mai 2016, la Cour de cassation constate, comme elle l'avait fait dans l'arrêt du 8 juillet 2015, que "*la cour d'appel, qui ne s'est pas déterminée par un motif d'ordre général ou par un motif hypothétique, a pris en considération l'ensemble des intérêts en présence, dont celui supérieur de l'enfant*". Elle vérifie ainsi que la cour d'appel s'est bien fondée sur l'intérêt de l'enfant pour prendre sa décision et qu'elle a bien déterminé celui-ci en fonction des circonstances qui lui étaient données à juger. Toutefois son contrôle ne s'étend pas au contenu de l'intérêt supérieur de l'enfant.

**Pouvoir souverain des juges du fond.** Dans la plupart des arrêts dans lesquels le critère principal de la décision est l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour de cassation renvoie, plus ou moins expressément, la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, apprécié *in concreto*, au pouvoir souverain des juges du fond, excluant par là même tout contrôle de sa part quant au bien ou mal-fondé de la décision qu'ils adoptent (9). Il en va particulièrement ainsi dans le domaine de l'autorité parentale. Les arrêts rendus dans ce contexte sont d'ailleurs souvent des arrêts de rejet. La Cour de cassation renvoie, par exemple, au pouvoir souverain du juge du fond l'appréciation, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la nécessité de confier l'exercice unilatéral de l'autorité parentale à un seul des parents (10) ou de l'opportunité de priver le parent avec qui l'enfant ne vit pas de droit de visite (11). Le même pouvoir souverain d'appréciation est reconnu au juge du fond à propos du droit de visite des grands-parents, dont l'article 371-4 du Code civil (N° Lexbase : L8011IWM) prévoit qu'il doit être conforme à l'intérêt de l'enfant (12). Le même raisonnement est mis en œuvre dans les décisions relatives au déplacement illicite d'enfant dans lesquelles la Cour de cassation, après avoir affirmé que les exceptions au retour de l'enfant doivent être appréciées au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, laisse au juge du fond le soin d'apprécier si les circonstances de l'espèce justifient de ne pas ordonner ce retour (13). Dans ces différentes situations, le renvoi à l'appréciation souveraine des juges du fond de la détermination du contenu même de l'intérêt supérieur de l'enfant, s'inscrit dans des hypothèses dans lesquelles cette notion constitue un critère de mise en œuvre de la règle de droit, qu'il s'agisse d'une injonction légale spécifique ou d'une obligation générale déduite de l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (14). L'intérêt supérieur de l'enfant fait donc obligatoirement l'objet d'une approche concrète qui limite le contrôle de la Cour de cassation.

Le renvoi au pouvoir souverain des juges du fond peut susciter la critique dans la mesure où il "*autorise toutes les variations, d'un cas à l'autre et aussi toutes les dérives*" (15). Cette critique n'est toutefois pas pertinente lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant constitue le critère de mise en œuvre de la règle de droit, "*à moins d'admettre ce qui peut paraître peu raisonnable, que la Cour de cassation puisse s'arroger le pouvoir de contrôler la pertinence des éléments pris en compte pour déterminer si l'intérêt supérieur des enfants dans sa dimension concrète*" (16).

**Changement de nom.** Dans l'hypothèse particulière du changement de nom d'un enfant à la suite de l'établissement judiciaire de sa filiation paternelle, la Cour de cassation, en se référant à l'appréciation souveraine des juges du fond, sous-entend, dans les différents arrêts relatifs à cette question, que c'est par une appréciation *in concreto* qu'il convenait de déterminer l'intérêt de l'enfant ce qui paraît tout à fait logique.

**Énoncé des motifs** Toutefois, même si la Cour de cassation reconnaît le pouvoir souverain des juges du fond, elle inclut, en général, très largement dans sa décision les énonciations de la cour d'appel relatives à l'intérêt de l'enfant, semblant ainsi souligner qu'elle vérifie la consistance de l'appréciation portée par celle-ci sur l'intérêt supérieur de l'enfant. La Haute juridiction ne se contente, pas, en effet, comme elle le fait dans certains domaines d'une simple référence "*à la décision motivée de la cour d'appel*" (17) mais s'attache à indiquer "*la substance du résultat de*

*l'appréciation souveraine des juges du fond*", ce qui n'est pas sans revêtir une certaine utilité pour une appréciation harmonisée de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans l'arrêt du 11 mai 2016, la Cour de cassation détaille les motifs sur lesquels la cour d'appel s'est fondée pour déterminer que l'intérêt de l'enfant en cause était de ne pas porter le nom de son père, permettant ainsi de constater que le résultat de l'appréciation souveraine des juges du fond peut aboutir à des solutions divergentes...

## II — Le résultat hétérogène de l'appréciation souveraine des juges du fond

**Substitution de nom.** L'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 8 juillet 2015 rejetait le pourvoi contre un arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 mars 2014 (18), estimant que *"la substitution de nom sollicitée était de nature à rattacher de manière apparente et symbolique l'enfant à un père qui refusait toute relation avec lui et persistait à nier sa paternité alors qu'il s'était abstenu de se soumettre à une mesure propre à l'établir ou à l'écarter avec certitude"*.

**Refus de l'adjonction de nom.** Dans l'arrêt du 11 mai 2016, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'Aix-en-Provence, d'avoir relevé dans sa décision du 19 mars 2015, *"d'une part que le nom de l'enfant n'avait pas d'incidence sur le lien de filiation, qui était judiciairement établi et n'était plus contesté, d'autre part, qu'accoler au nom de la mère celui d'un père qui n'entendait pas s'impliquer dans la vie de l'enfant et s'intéresser à lui risquait de confronter en permanence ce dernier au rejet dont il était l'objet de la part de son père"*.

**Double approche.** Ainsi, deux approches de l'intérêt de l'enfant sont à l'œuvre. La première soutenue par les mères des enfants, consistant à dire que le nom est le seul moyen de rattacher formellement et symboliquement l'enfant à son père même s'il n'a aucun contact avec lui. C'est la position adoptée par la cour d'appel de Paris sur laquelle on peut être quelque peu sceptique... La seconde approche consiste à faire correspondre le nom de l'enfant à la réalité de ses relations avec ses parents et de ne pas faire figurer dans sa dénomination le nom d'un père qui le rejette. C'est la position de la cour d'appel d'Aix-en-Provence qui paraît, au moins à première vue, la plus logique. La discordance entre le nom porté par l'enfant et l'absence de lien avec son père semble en effet, au moins au premier abord, peu opportune, et susceptible d'obliger l'enfant à donner des explications peu agréables.

**Audition de l'enfant.** Toutefois, les circonstances de chacune des affaires n'étaient sans doute pas tout à fait les mêmes et il faut se garder de considérer que l'on se trouve face à des conclusions générales quant à la détermination de l'intérêt de l'enfant de porter ou non le nom d'un père qui le rejette. Un des éléments qui a sans doute pesé sur le raisonnement consistait dans le fait que l'enfant avait été entendu dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 8 juillet 2015, et qu'il souhaitait porter le nom de son père, alors que l'enfant était beaucoup trop jeune pour être entendu dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 11 mai 2016.

**Indépendance du nom et de la filiation** Dans l'arrêt de 2016, la Cour de cassation relativise l'importance du nom en précisant que la filiation paternelle de l'enfant était de toute façon désormais incontestable, rappelant ainsi l'indépendance du nom par rapport à la filiation, particulièrement lorsque celle-ci est établie tardivement. Le nom est en effet utilisé quotidiennement par la personne qui le porte, alors qu'elle est rarement amenée à faire état de sa filiation. L'attribution du nom du père à l'enfant par substitution ou adjonction est un choix sur lequel l'enfant aura de grandes difficultés à revenir, sauf à solliciter un changement administratif de nom. Le Conseil d'Etat (19), influencé par la Cour européenne des droits de l'Homme (20), admet en effet désormais qu'une personne puisse changer de nom pour ne plus porter le nom d'un parent qui l'a abandonné mais c'est une voie complexe et aléatoire. A l'inverse, l'enfant qui ne s'est pas vu attribuer le nom de son père lors de l'établissement de la filiation, le souhaite, il peut toujours, et sans difficulté, décider de le porter à titre d'usage...

(1) Et nos obs., *Je serai le fils de mon père...*, Lexbase, éd. priv., n° 626, 2015 (N° Lexbase : N9086BU3).

(2) CA Paris, Pôle 1, 1ère ch., 25 mars 2014, n° 13/02 348 (N° Lexbase : A8355MHW).

(3) Cass. avis, 13 septembre 2010, n° 10-00.004 (N° Lexbase : A1321GA8), JCP éd. G, 2011, p. 30, obs. T. Garé ; RJPF, 2010, n° 12, p. 12, obs. I. Corpart.

(4) Cass. civ. 1, 9 février 2011, n° 10-14.144, F-D (N° Lexbase : A7372GWX), D., 2011. Pan. 1995, obs. Ph. Bonfils et A. Gouttenoire ; RJPF, 2011, n° 5, p. 12, obs. I. Corpart ; Dr. fam., 2011, n° 4, p. 31, obs. C. Neirinck.

(5) J. Commailles, *L'esprit sociologique des lois, Essai de sociologie politique du droit*, p. 91.

(6) H. Hamadi, *Le statut européen de l'enfant in, le droit et les droits de l'enfant*, L'Harmattan, 2005, p. 161.

(7) S. Rials, *Les standards, notions critiques du droit*, in *Les notions à contenu variables, études publiées par C.*

---

*Perelman et R. Vander Elst, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruylant, 1984, p. 42. (8) J. Carbonnier, Les notions à contenu variable dans le droit de la famille, op. cit., p. 99.*

(9) A. Gouttenoire, *Le contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'intérêt supérieur de l'enfant*, in Mélanges F. Dekeuwer-Defossez, Montchrestien, 2013 p. 147.

(10) Cass. civ. 1, 4 novembre 2010, n° 09-15.165, F-D (N° Lexbase : A5506GDB), nos obs. in *Panorama de droits des mineurs*, D., 2011, p. 1995, obs. A. Gouttenoire et Ph. Bonfils.

(11) Cass. civ. 1, 25 mars 2009, n° 08-14.917, F-D (N° Lexbase : A2143EE4); Cass. civ. 1, 14 avril 2010, n° 09-13.686, F-D (N° Lexbase : A0629EW9) : *Panorama Droits de l'enfant*, D., 2010, p. 1904, obs. A. Gouttenoire et Ph. Bonfil; Cass. civ. 1, 9 février 2011, n° 09-12.119, F-D (N° Lexbase : A7220GWC) : *Panorama Droits des mineurs*, D., 2011 p. 1995, obs. A. Gouttenoire et Ph. Bonfils.

(12) Cass. civ. 1, 27 mai 2010, n° 09-65.838, F-D (N° Lexbase : A7375EXG) : *Panorama Droits de l'enfant*, D., 2010, p. 1904, obs. A. Gouttenoire et Ph. Bonfils.

(13) Cass. civ. 1, 25 février 200, n° 08-18.126 FS-D (N° Lexbase : A4049EDC).

(14) A. Gouttenoire, *Le domaine d'application de l'intérêt supérieur de l'enfant*, Petites affiches, 2011, p. 24.

(15) M. Lamarche, *Intérêt supérieur de l'enfant, de l'admission des effets d'une convention de mère porteuse à la destruction du droit français de la filiation* : Dr. fam., 2009, Focus 87.

(16) M. Domingo, Avis à propos de Cass. civ. 1, 6 avril 2011, n° 10-19.053, FP-P+B+R+I (N° Lexbase : A5707HMC), relatif aux effets en France d'une convention de gestation pour autrui.

(17) *Droit et pratique de la cassation en matière civile, op. cit.*, n° 834.

(18) CA Paris, 25 mars 2014, préc. note 2.

(19) CE, 31 janvier 2014, 2° et 7° s-s-r., n° 362 444, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A9264MDH), AJDA, 2014, p. 444, obs. A. Bretonneau et J. Lessi.

(20) CEDH, 5 décembre 2013, Req. 32 265/10, K. c/ France (N° Lexbase : A5557KQU), RTDciv., 2014, p. 332, obs. J. Hauser.

## Droit des étrangers

# [Jurisprudence] Le principe de l'unité familiale : un principe général du droit examiné d'office

N° Lexbase : N2931BWH



par *Caroline Lantero, Maître de conférences en droit public, Université d'Auvergne, codirectrice scientifique de l'Encyclopédie "Droit des étrangers"*

Réf. : CE 2° et 7° s-s-r., 11 mai 2016, n° 385 788, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A7041RN4)

**Dans un arrêt rendu le 11 mai 2016 le Conseil d'Etat indique que la reconnaissance de la qualité de réfugié implique l'attribution automatique de cette qualité au conjoint ou aux enfants mineurs lors de leur entrée en France dès lors que les conditions sont réunies. Le principe d'unité de la famille implique donc que la même qualité soit reconnue, à raison des risques de persécutions qu'ils encourent également, à la personne de même nationalité qui était unie par le mariage au réfugié à la date à laquelle il a demandé son admission au statut.**

Mariée de force et sous la contrainte en 1999, Mme I., de nationalité bangladaise, a été victime de séquestration et de graves sévices de la part de son époux et a pris la fuite avec sa fille l'année suivante avant de demander le divorce, qu'elle a obtenu six ans plus tard en 2007. Menacée et harcelée par son ex-époux et son ex-belle-famille pendant plus de dix ans, elle s'est fiancée puis mariée en 2009 avec un homme qui a, à son tour, été menacé, enlevé, battu et laissé pour mort et, finalement, s'est vu accusé d'avoir commandité l'assassinat du premier en janvier 2011. Sous l'influence du père de l'ex-époux (décédé donc), la police s'est mise en recherche du couple et a perquisitionné le domicile conjugal, contraignant les époux à quitter leur pays en 2011 afin de gagner la France, où Mme I. a sollicité l'asile.

L'Office français de protection des réfugiés et des apatrides (OFPRA) a rejeté sa demande le 10 janvier 2013 mais la cour nationale du droit d'asile (CNDA) a annulé la décision de l'OFPRA et lui a accordé le bénéfice de la protection subsidiaire le 8 avril 2014, refusant toutefois de lui reconnaître la qualité de réfugiée (1). Mme I. a alors introduit un pourvoi en cassation contre la décision de la CNDA "*en tant qu'elle a rejeté sa demande d'asile*". Par l'arrêt commenté du 11 mai 2016, mentionné aux tables du recueil Lebon, le Conseil d'Etat a annulé la décision de la CNDA et renvoyé l'affaire devant elle, estimant que la Cour avait commis une erreur de droit en omettant d'examiner le fondement du principe de l'unité familiale pour reconnaître à Mme I. la qualité de réfugiée alors que son époux se voyait reconnaître cette qualité par une décision du même jour.

Rappelant que le principe de l'unité familiale est un principe général du droit (PGD) applicable aux réfugiés (I), le Conseil d'Etat estime également qu'il appartient au juge de l'asile d'examiner ce fondement, au besoin d'office (II) et limite incidemment l'attraction de la protection subsidiaire face à un PGD découlant d'une Convention internationale (III).

### I — La réaffirmation du principe général du droit d'unité de famille déduit de la Convention de Genève

Dans l'arrêt d'Assemblée du 2 décembre 1994 "Mme Agyepong" (2), le Conseil d'Etat consacrait le principe d'unité familiale en tant que PGD applicable aux réfugiés : "*la qualité de réfugié doit être reconnue à la personne de même*

*nationalité qui était unie par le mariage à un réfugié à la date à laquelle celui-ci a demandé son admission au statut, ainsi qu'aux enfants mineurs de ce réfugié*". Le statut de réfugié accordé par la Convention de Genève du 28 juillet 1951 (N° Lexbase : L6810BHP) étant attaché à une personne, l'OFPRA avait jusqu'alors toujours statué séparément sur les demandes de chaque conjoint. En raison de la connexité des vécus, il était certes assez fréquent que si l'un était éligible au statut, l'autre aussi. Mais le cas du conjoint d'un réfugié n'étant pas ou ne risquant pas d'être persécuté individuellement, n'était pas prévu par les textes et pouvait justifier le refus de reconnaissance du statut (3).

Il convient de préciser que la Commission des Recours des Réfugiés (CRR, devenue CNDA en 2007) faisait alors une application constante, et depuis plus de trente ans, du principe de l'unité familiale aux réfugiés. En effet, dès 1957, elle a énoncé que la Convention de Genève "*serait rendue vaine si elle ne s'étendait pas non seulement aux enfants mineurs mais au conjoint du réfugié*" (4). Par la suite, et tout en posant des contours -notamment relatifs au degré de rapprochement avec le réfugié-, la CRR avait souvent accordé le statut aux membres proches d'un réfugié, notamment ses enfants mineurs (5), et même, ses ascendants à charge (6). En 1994, la CRR est allée jusqu'à fonder sa décision sur l'acte final des plénipotentiaires (7), développant en cela, une jurisprudence véritablement protectrice des réfugiés et de leurs familles.

Avec la décision "Agyepong", le Conseil d'Etat a parachevé la construction prétorienne de la CRR et donné un fondement solennel au principe de l'unité familiale, en l'érigeant en PGD (8). Mais il en a également encadré la portée en écartant *a contrario* de son bénéfice les enfants majeurs et les mariages postérieurs à la reconnaissance du statut, et en écartant implicitement les conjoints non mariés et les ascendants à charge.

Par la suite, le principe a connu des assouplissements, des limites, mais aussi des exclusions. Assouplissements lorsque le Conseil d'Etat a reconnu l'applicabilité du principe aux concubins (9), ou à l'ascendant incapable dépendant matériellement et moralement du réfugié (10). Limites lorsqu'il a estimé que la qualité de conjoint devait non seulement exister à la date de la demande d'asile, mais également à la date à laquelle il était statué sur la demande (11), lorsqu'il a jugé que le divorce pouvait justifier la cessation du statut (12), ou que l'invocation du principe était inopérante s'agissant des enfants majeurs au moment de l'entrée en France (13), ainsi que pour les ascendants (14). Exclusions enfin lorsque le conjoint entre dans l'un des cas d'exclusion prévus par la Convention de Genève (15), ou qu'il bénéficie d'une nationalité lui permettant de se réclamer de la protection de l'un des pays dont il a la nationalité (16). Le Conseil d'Etat a également précisé que le PGD ne s'appliquait pas à la protection subsidiaire (17), même si la cour administrative d'appel de Versailles a ensuite jugé le contraire s'agissant de l'octroi d'un titre de séjour (18), et que la loi prévoit désormais que le bénéficiaire de la protection subsidiaire "*peut demander à bénéficier de son droit à être rejoint, au titre de la réunification familiale*" (19).

Dans l'arrêt commenté du 11 mai 2016, la Haute juridiction administrative reprend la définition et les contours qu'il avait donné au PGD issu du principe de l'unité familiale dans l'avis "Fall" du 20 novembre 2013 (20) : "*les principes généraux du droit applicables aux réfugiés, résultant notamment des stipulations de la Convention de Genève, imposent, en vue d'assurer pleinement au réfugié la protection prévue par la convention, que la même qualité soit reconnue, à raison des risques de persécutions qu'ils encourent également, à la personne de même nationalité qui était unie par le mariage au réfugié à la date à laquelle il a demandé son admission au statut ou qui avait avec lui une liaison suffisamment stable et continue pour former avec lui une famille, ainsi qu'aux enfants de ce réfugié qui étaient mineurs au moment de leur entrée en France*".

En l'espèce, le statut de réfugié avait été reconnu à l'époux de Mme I. par une décision du même jour (par la même présidente de formation de jugement). La Cour a reconnu que sa crainte d'être persécuté "*en cas de retour dans son pays d'origine, par les autorités bangladaises et des membres de la Ligue Awami en raison de son engagement politique en faveur du BNP et du premier mariage de son épouse avec un membre de la Ligue Awami*" était fondée, notamment dans sa façon de relater "*son enlèvement et les brutalités dont il a été victime de la part de l'ex-époux de sa femme, membre de la Ligue Awami, de manière personnalisée et détaillée*". De même "*le harcèlement dont son épouse a été victime de la part de son premier mari et des menaces de mort dont lui-même a fait l'objet*" et la crédibilité de son engagement politique étaient suffisamment établis (21).

## II — Qui constitue pour le juge de l'asile un fondement d'office

Le principe de l'unité familiale bénéficie de plein droit aux conjoints et enfants mineurs d'un réfugié qui remplissent les conditions fixées par la jurisprudence. Le Conseil d'Etat précise "*que dès lors qu'il ressort des éléments qui lui sont soumis que ces conditions sont réunies, il appartient à la Cour nationale du droit d'asile d'accorder à la personne qui lui demande protection le bénéfice du statut de réfugié sur le fondement de ce principe*".

Et qui dit "*de droit*", dit "*examiné d'office*" (22), compte tenu de l'office de plein contentieux du juge de l'asile qui est saisi de l'entier dossier et non de la seule légalité de la décision de l'OFPRA et du caractère primordial du statut

de réfugié et des principes qui lui sont liés par rapport à la protection subsidiaire qui, comme son nom l'indique, intervient en second. Le Conseil d'Etat saisit ici l'occasion de le dire que *"la Cour a commis une erreur de droit en omettant d'examiner si elle pouvait se voir reconnaître la qualité de réfugié sur le fondement de ce principe"*. Pour autant et là encore, il ne fait que valider une pratique régulière de la Cour (23). La formation de jugement a donc, soit omis d'examiner ce fondement, soit cédé à l'attraction de la protection subsidiaire (voir *infra*).

On sait que l'OFPRA est saisi de tous les fondements de protection prévus par les textes : protection conventionnelle, asile constitutionnel, et protection subsidiaire. La fusion des procédures entre asile constitutionnel et asile conventionnel remonte à la loi "Chevènement" de 1998 (24). Le Conseil constitutionnel a alors précisé que les demandes de la qualité de réfugié, qu'elles soient fondées sur la Convention de Genève ou sur le Préambule de 1946, *"présentent entre elles un lien étroit"*, *"requièrent un examen éclairé des mêmes circonstances de fait"* et tendent *"au bénéfice d'une protection identique"* et, qu'en conséquence, il était loisible au législateur d'unifier *"les procédures de sorte que les demandes fassent l'objet d'une instruction commune [...]"* (25). La compétence de l'OFPRA pour accorder la protection subsidiaire remonte à la loi de décembre 2003 (26) transposant de manière anticipée la Directive "Qualification" de l'Union européenne (27).

Ainsi, et s'agissant de la seule qualité de réfugié, l'OFPRA est reconnu compétent pour la reconnaître, quel que soit le terrain juridique de la demande (28). Il doit donc s'estimer saisi de tous les fondements de protection et, parmi eux, tous les critères d'éligibilité au statut de réfugié. La CNDA, juge de l'asile en premier et dernier ressort, peut donc non seulement annuler une décision de l'OFPRA qui omettrait d'examiner sur le principe de l'unité familiale, mais doit également le faire en tant que juge de plein contentieux (29), au besoin d'office.

Le principe de l'unité familiale constitue un critère d'éligibilité supplémentaire, que la jurisprudence française a dégagé de ses propres engagements (en 1978, le Conseil d'Etat consacre le droit des étrangers à mener une vie familiale normale, qu'il qualifie de principe général du droit (30); en 1993, le Conseil constitutionnel donne valeur constitutionnelle à ce même droit (31), comme de l'esprit de la Convention de Genève (recommandation de la Conférence des plénipotentiaires (32)).

### **III — Et rappelle le caractère subsidiaire de la protection subsidiaire face à un PGD inspiré d'une norme conventionnelle**

Dans la mesure où la CNDA a régulièrement l'occasion d'examiner d'office le principe général du droit tiré du principe de l'unité familiale (33), notamment lorsqu'elle reconnaît par une décision du même jour la qualité de réfugié à l'autre conjoint (34), la décision soumise à la censure du Conseil d'Etat soulève une interrogation. Soit, elle "rétrograde" classiquement les femmes victimes de mariages forcés à la seule protection subsidiaire, soit dans la lignée de l'avis "Fall", elle qualifie seulement les membres de la famille au bénéfice de la seule protection subsidiaire, soit elle a fait primer l'éligibilité à la protection subsidiaire (qui est un fondement de protection légal) sur le principe de l'unité de la famille (qui n'est "qu'un" PGD (35)).

Sur le principe même de ne pas reconnaître le statut de réfugié à Mme I. sur le fondement des persécutions qu'elle a subi et qu'elle encourt en cas de retour dans son pays... il y a déjà matière à relever une sorte de rétrogradation de la protection. On apprend, à la lecture de l'arrêt de la CNDA, que le juge de l'asile a écarté le motif de l'appartenance de la requérante au "groupe social" des femmes refusant de se soumettre à un mariage forcé en raison de ce que la requérante a toujours *"bénéficié du soutien de sa famille"* et que ses parents ont *"à maintes reprises, sollicité l'aide des autorités afin de la soustraire à ce mariage"* (ce qui ne veut pas dire que les autorités du Bangladesh sont parvenues à la protéger), et qu'elle n'a jamais allégué *"que son attitude serait perçue par la société environnante comme transgressive à l'égard des coutumes et lois en vigueur"*. En 2004, la CRR avait reconnu le mariage forcé comme une persécution, et les femmes qui refusent de s'y soumettre comme appartenant à un *"groupe dont les membres sont, en raison des caractéristiques communes qui les définissent aux yeux de la société [pakistanaise en l'occurrence], susceptibles d'être exposés à des persécutions contre lesquelles les autorités ne sont pas en mesure de les protéger"* (36). Cette jurisprudence est restée relativement isolée en raison de l'introduction de la protection subsidiaire dans le régime de protection. Depuis, les femmes victimes de mariages forcés ou entendant s'y soustraire n'obtiennent que très rarement le statut de réfugiée (37) mais plus généralement le bénéfice de la protection subsidiaire (38). L'arrêt de la CNDA s'inscrivait peut-être dans cette mouvance, qui a pourtant nettement tendance à s'infléchir depuis quelques années (39).

Une décision de la CNDA retient l'attention sur une autre explication possible. Dans un arrêt d'espèce récent, elle reconnaît précisément la qualité de réfugiée à une femme, sur le fondement du PGD tiré de l'unité familiale et statue en ces termes : *"Considérant qu'il résulte de l'instruction que Mme Louise X, ressortissante de République démocratique du Congo, est mariée avec M. Jacques L., reconnu ce jour réfugié statutoire de même nationalité ; que ce mariage est intervenu le 12 décembre 1998, soit à une date antérieure à celle à laquelle M. Jacques L. a demandé son admission au statut, le 3 juin 2014 ; que, dès lors, Mme Louise X, qui n'établit pas être personnellement exposée*

à des persécutions ou des atteintes graves dans son pays, est fondée à se prévaloir de la qualité de réfugiée sur le fondement du principe de l'unité de famille" (40). Il semble que la CNDA procède ainsi : examen de la qualité de réfugié au sens (strict et individualisé) de la Convention de Genève, puis examen de la protection subsidiaire (qui a un fondement légal), puis, à défaut, examen du PGD (dont la valeur serait infra-législative ?)

Le Conseil d'Etat vient non seulement dire dans l'arrêt du 11 mai 2016 que la qualité de réfugié prime la protection subsidiaire, fût-ce au renfort d'un "simple" PGD, mais également, à notre sens, qu'il ne s'agit précisément pas d'un "simple" PGD, au sens "chapusien" du terme (41). S'agissant d'un principe général du droit des réfugiés, directement dicté par la Convention de Genève (42), il s'agit nécessairement d'un PGD -de droit interne certes— mais à valeur conventionnelle (43). Et comme il bénéficie en outre d'une assise constitutionnelle (44), il est en tout état de cause un PGD à valeur supra-législative, que l'on retienne le critère organique de sa production (les Sages l'ayant déjà dégagé en 1993), ou le critère matériel du texte duquel on le déduit (45).

(1) CNDA, 8 avril 2014, n° 13 012 931.

(2) CE, Ass. 2 décembre 1994, n° 112 842 (N° Lexbase : A4039ASE), Lebon, p. 523, concl. Denis-Linton, AJDA, 1994, p. 914 et p. 878, chron. Touvet et Stahl, RFDA, 1995, p. 86, concl. Denis-Linton.

(3) CE, 25 avril 1990, n° 84 036 (N° Lexbase : A7016AQW), "en estimant, après examen particulier du cas de la requérante, lequel devait s'apprécier abstraction faite de la décision susceptible d'intervenir sur la demande de son mari, que celle-ci n'établissait pas la réalité des craintes de persécution, la Commission a pu sans commettre d'erreur de droit refuser à la requérante le bénéfice des dispositions de la Convention de Genève".

(4) CRR, 12 mars 1957, Baselga, F. Tiberghien, *La protection des réfugiés en France*, Economica, 2ème éd., 1988, p. 222.

(5) CRR, 27 mars 1958, Atanasio Mejias, n° 1778.

(6) CRR, 3 décembre 1959, Rubio.

(7) CRR, SR, 22 juillet 1994, Woyakana Shako, Rec. CRR, p. 67, *contra* CRR, 16 octobre 1953, Mme Rueda, dans lequel la commission ne reconnaissait à cet acte que la valeur d'une simple recommandation.

(8) La convocation des "principes généraux de droit applicables aux réfugiés, résultant notamment des stipulations de la Convention de Genève" avait déjà eu lieu en 1988 avec l'arrêt "Bereciartua-Echarri" dans lequel le Conseil d'Etat jugeait illégal le décret d'extradition d'un réfugié reconnu par l'OFPRA (CE, 1er avril 1988, n° 85 234 N° Lexbase : A7654AP8, rec. p. 135, GAJA, 11ème éd., n°111, p. 727.

(9) CE, 21 mai 1997, n° 159 999 (N° Lexbase : A9828ADD).

(10) CE, 28 juillet 2004, n° 229 053 (N° Lexbase : A2664RR4), Rec. p. 353.

(11) CE, 10 janvier 2001, n° 212 419 (N° Lexbase : A6476APK).

(12) CE, 25 novembre 1998, n° 164 682 (N° Lexbase : A9040ASM).

(13) CE, 21 mai 1997, n° 172 161 (N° Lexbase : A9928AD3).

(14) CE, 7 octobre 1998, n° 176 259 (N° Lexbase : A8398AST).

(15) CE, 24 octobre 2001, n° 211 309 (N° Lexbase : A1888AX9).

(16) CE, 23 février 2009, n° 283 246 (N° Lexbase : A3844EDQ), Rec. p. 64. La CRR avait auparavant jugé le contraire (CRR, 27 mai 2005, SR, M. B, n° 454 056).

(17) CE, 18 décembre 2008, n° 283 245 (N° Lexbase : A8792EBA), T. 775.

(18) CAA Versailles, 29 novembre 2012, n° 11VE03 565 (N° Lexbase : A8792EBA), AJDA, 2013, p. 722.

(19) C. entr. séj. étrang. et asile, art. L. 752-1 (N° Lexbase : L6601KDT), issu de la loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015, relative à la réforme de l'asile (N° Lexbase : L6601KDT).

(20) CE, avis, 20 novembre 2013, n° 368 676 (N° Lexbase : A8364KPH).

- (21) CNDA, 8 avril 2014, n° 13 012 930.
- (22) Voir selon la même logique : CE, 18 novembre 2015, n° 380 461 (N° Lexbase : A5624NXL), AJDA, 2016, p. 800, nos obs.
- (23) Pour des illustrations récentes : CNDA, 27 octobre 2015, n° 14 036 261— 14 036 262, CNDA, 5 octobre 2015, n° 15 011 689.
- (24) Loi n° 98-349 du 11 mai 1998, relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile (N° Lexbase : L9660A9N).
- (25) Cons. const., décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998 (N° Lexbase : A8746ACW), Rec., p. 245, JO, 12 mai 1998, p. 7092.
- (26) Loi n° 2003-1176 du 10 décembre 2003, modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952, relative au droit d'asile (N° Lexbase : L9630DLA).
- (27) Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts (N° Lexbase : L7972GTG).
- (28) C. entr. séj. étrang. et asile, art. L. 711-1 (N° Lexbase : L5910G4N) et L. 713-1 (N° Lexbase : L2570KDK).
- (29) CE, 8 janvier 1982, n° 24 948 (N° Lexbase : A2020ALE), Rec p. 9 et article C. entr. séj. étrang. et asile, art. L. 733-5 (N° Lexbase : L6593KDK), tel qu'issu de la loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015.
- (30) CE, 8 décembre 1978, n° 10 097 (N° Lexbase : A5018AIP), D. 1979, p. 661, note L. Hamon.
- (31) Cons. const., décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 (N° Lexbase : A8285ACT).
- (32) *"Considérant que l'unité de la famille, cet élément naturel et fondamental de la société, est un droit essentiel du réfugié, et que cette unité est constamment menacée [...] recommande aux Gouvernements de prendre les mesures nécessaires pour la protection de la famille du réfugié et en particulier pour [...] Assurer le maintien de l'unité de la famille du réfugié, notamment dans le cas où le chef de la famille a réuni les conditions voulues pour son admission dans un pays"*.
- (33) Mme Denis-Linton, commissaire du Gouvernement, le relevait déjà en 1995, dans ses conclusions sur l'arrêt "Agyepong" : *Le maintien de l'unité familiale comme principe général du droit applicable aux réfugiés politiques*, RFDA, 1995. 86.
- (34) Par ex. CNDA, 27 octobre 2015, n° 14 036 261— 14 036 262.
- (35) La minoration de la valeur juridique du PGD relevant ici de la thèse de René Chapus, qui leur donne valeur supra-décrétale mais infra-législative : R. Chapus, *De la valeur des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles du droit administratif*, D. 1966, chron. p. 119. V. aussi. Pierre de Montalivet, *Principes généraux du droit*, JCP éd. A., fasc. 38, n°s 46 à 84.
- (36) CRR, 15 octobre 2004, Mlle NN, n° 444 000 (le statut ne fut pas reconnu pour autant).
- (37) CRR, 2 juillet 2007, S., n° 596 545 ; CRR, 18 décembre 2007, Mlle A.S., n° 596 205.
- (38) CE, 3 juillet 2009, n° 294 266 (N° Lexbase : A5603EID).
- (39) C'est le constat qu'impose la lecture des décisions de la CNDA depuis 2013, même si le rapport de protection est toujours en faveur de la protection subsidiaire plutôt qu'en faveur de la qualité de réfugiée. Pour l'année 2016 : CNDA, 22 avril 2016, n° 15 037 656 ; CNDA, 8 avril 2016, n° 15 034 664 ; CNDA, 30 mars 2016, n° 15 032 130 ; CNDA, 31 mars 2016, n° 15 034 231 ; CNDA, 24 mars 2016, n° 15 034 044 ; CNDA, 24 mars 2016, n° 15 034 353 ; CNDA, 22 mars 2016, n° 15 007 356 ; CNDA, 4 mars 2016, n° 15 024 387 ; CNDA, 8 février 2016, n° 15 026 878.
- (40) CNDA, 27 octobre 2015, n° 14 036 261— 14 036 262.
- (41) Cf note n° 35.

---

(42) V. M. Denis-Linton, *Le maintien de l'unité familiale comme principe général du droit applicable aux réfugiés politiques*, RFDA, 1995. 86.

(43) B. Genevois, *Principes généraux du droit*, Rép. Contentieux administratif, Dalloz, t. III, p. 98, § 1035. Pour le président Genevois, un PGD déduit d'un texte conventionnel a valeur conventionnelle. V. également Catherine-Amélie Chassin, *L'actualité de l'arrêt Koné et la non-extradition en matière politique, plaidoyer pour une nouvelle acception des principes généraux du droit*, AJDA, 2008, 792.

(44) Cons. const., décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, préc..

(45) B. Jeanneau, *La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps*, EDCE, 1981-1982, n° 33, p. 38 et s.

## Droit des étrangers

# [Brèves] Contrôle d'identité judiciaire ciblé dans le temps et l'espace suffisant à garantir le caractère non systématique des opérations

N° Lexbase : N2932BWI

Réf. : Cass. civ. 1, 25 mai 2016, n° 15-50.063, FS-P+B+I (N° Lexbase : A3382RQC)

Un contrôle d'identité judiciaire effectué sur le fondement de l'article 78-2, alinéa 8, du Code de procédure pénale (N° Lexbase : L9299K48) peut ne pas comporter un caractère aléatoire dès lors qu'il est opéré d'une manière ciblée dans le temps et l'espace suffisant à garantir le caractère non systématique des opérations. Ainsi statue la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 25 mai 2016 (Cass. civ. 1, 25 mai 2016, n° 15-50.063, FS-P+B+I N° Lexbase : A3382RQC). Pour mettre fin à la rétention administrative de M. X intervenue à la suite d'un contrôle d'identité effectué en gare de Lyon à Paris, l'ordonnance retient que les contrôles n'ont pas été effectués dans l'ensemble de la gare mais, au contraire, sur un quai précis, en fonction d'informations préalablement recueillies portant sur l'arrivée de migrants clandestins, et que le caractère aléatoire, exigé par l'article 78-2, alinéa 8, précité implique non seulement que le contrôle ne soit pas systématique mais encore que seul le hasard préside au choix des personnes contrôlées. Or, il résultait du procès-verbal de police que le contrôle, circonscrit à la partie de la gare où circulait un train utilisé par des filières d'immigration irrégulière, avait été réalisé pour la prévention et la recherche des infractions liées à la criminalité transfrontalière, pendant une durée n'excédant pas six heures, d'une manière ciblée, dans le temps et l'espace, suffisant ainsi à garantir le caractère non systématique des opérations. Les dispositions de l'article 78-2, alinéa 8, ayant été respectées, l'ordonnance attaquée se trouve cassée et annulée (cf. l'Encyclopédie "Droit des étrangers" N° Lexbase : E3275E43).

## Electoral

# [Brèves] Condition d'éligibilité au conseil régional tenant à la domiciliation dans une région : nécessité d'un principal établissement au sens de l'article 102 du Code civil

N° Lexbase : N2957BWG

Réf. : CE 2° et 7° ch. — r., 27 mai 2016, n° 395 414, 395 572, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A0393RRY)

Pour être domicilié dans une région au sens de l'article L. 339 du Code électoral (N° Lexbase : L2706AAH) et ainsi remplir les conditions d'éligibilité au conseil régional, un candidat doit y avoir son principal établissement au sens de l'article 102 du Code civil (N° Lexbase : L9050IZ9). Telle est la solution d'un arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 27 mai 2016 (CE, 27 mai 2016, n° 395 414, 395 572, publié au recueil Lebon N° Lexbase : A0393RRY ; sur l'absence de domiciliation dans une région au sens des dispositions de l'article L. 339 du Code électoral, voir CE, 16 février 2005, n° 266 322 N° Lexbase : A7104DG9). Un candidat a conclu un contrat de location avec sa mère, portant sur une chambre individuelle et une salle de douche et WC, situés dans l'habitation de celle-ci, et qui, pour justifier de sa domiciliation, produit des contrats de téléphone, d'électricité, d'eau attachés à ce logement, des factures correspondantes, des relevés bancaires et divers courriers envoyés à cette adresse, et justifie de son inscription sur la liste électorale de la commune de ce logement. Eu égard aux conditions matérielles sommaires de son installation, à la durée relativement courte de son habitation dans la commune au jour de l'élection, qui ne permet pas lui conférer un caractère de stabilité suffisant, à la circonstance, non contestée, que le lieu d'exercice de son activité professionnelle était toujours situé en région parisienne, à la circonstance que le relevé de propriété établi par la direction générale des finances publiques indique l'existence d'une propriété à son nom ainsi qu'à ceux de sa femme et de son fils dans la commune de Villejuif, et enfin à la nature des attaches familiales qu'il a dans la région où il est candidat au regard de celles qu'il a en région parisienne, il ne justifie pas avoir eu son lieu principal d'établissement dans la région au jour de l'élection. Au vu de l'ensemble de ces éléments, le Conseil d'Etat a jugé que le candidat ne pouvait être regardé comme ayant son établissement principal dans la région Languedoc-Roussillon et Midi-Pyrénées. Il était donc inéligible au conseil régional (cf. l'Encyclopédie "Droit électoral" N° Lexbase : E1768A8Y).

## Entreprises en difficulté

# [Brèves] Tarifs des administrateurs judiciaires, commissaires à l'exécution du plan, mandataires judiciaires et aux liquidateurs

N° Lexbase : N3021BWS

**Réf.** : Arrêté du 28 mai 2016, fixant les tarifs réglementés applicables aux administrateurs judiciaires, commissaires à l'exécution du plan, mandataires judiciaires et aux liquidateurs (N° Lexbase : L3279K8X)

Un arrêté, publié au Journal officiel du 29 mai 2016, fixe les tarifs réglementés applicables aux administrateurs judiciaires, commissaires à l'exécution du plan, mandataires judiciaires et aux liquidateurs (N° Lexbase : L3279K8X). Le titre VI du livre VI de la partie "arrêtés" du Code de commerce est intitulé "Des dispositions générales de procédure" et composé de trois chapitres, "Des voies de recours", "Autres dispositions" et "Des frais de procédure", seul ce dernier chapitre comportant des dispositions dans sa section II relative à la rémunération de l'administrateur judiciaire, du commissaire à l'exécution du plan, du mandataire judiciaire et du liquidateur (C. com., art. A. 663-3 N° Lexbase : L3427K8G et s.). La rémunération de l'administrateur judiciaire (sous-section 1) est prévue aux articles A. 663-4 (N° Lexbase : L3428K8H) à A. 663-13. La rémunération du commissaire à l'exécution du plan (sous-section 2) est prévue aux articles A. 663-14 (N° Lexbase : L3439K8U) à A. 663-17. Enfin, la rémunération du mandataire judiciaire et du liquidateur (sous-section 3) est prévue aux articles A. 663-18 (N° Lexbase : L3444K83) à A. 663-29. Ces dispositions sont entrées en vigueur le 31 mai 2016. Elles ne sont pas applicables aux procédures ouvertes avant le 31 mai 2016.

## Fiscalité du patrimoine

# [Brèves] ISF : déductibilité d'un dividende distribué sous la forme d'un quasi-usufruit ?

N° Lexbase : N2995BWT

Réf. : Cass. com., 24 mai 2016, n° 15-17.788, FS-P+B (N° Lexbase : A0249RRN)

Dans le cas où la collectivité des associés d'une société civile décide de distribuer un dividende par prélèvement sur les réserves, le droit de jouissance de l'usufruitier de droits sociaux s'exerce, sauf convention contraire entre celui-ci et le nu-proprétaire, sous la forme d'un quasi-usufruit, sur le produit de cette distribution revenant aux parts sociales grevées d'usufruit, de sorte que l'usufruitier se trouve tenu, en application de l'article 587 du Code civil (N° Lexbase : L3168ABX), d'une dette de restitution exigible au terme de l'usufruit et qui, prenant sa source dans la loi, est déductible de l'assiette de l'ISF jusqu'à la survenance de ce terme. Telle est la solution retenue par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 24 mai 2016 (Cass. com., 24 mai 2016, n° 15-17.788, FS-P+B N° Lexbase : A0249RRN). En l'espèce, l'administration fiscale a remis en cause, pour l'assiette de l'ISF, la valeur des parts que le requérant détient en pleine propriété dans cinq SCA et, en usufruit, dans une société civile. La Haute juridiction a tout d'abord énoncé que la valeur du prix des actions cédées par les SCA a été justement fixée par l'administration fiscale. Cependant, s'agissant des distributions de dividendes prélevés sur les réserves de la société civile, les Hauts magistrats ont retenu que le calcul du rendement sur la base des dividendes ne permettait pas de définir une productivité moyenne, débarrassée des aléas de la conjoncture sur le moyen terme et donc plus fidèle que le calcul à partir des bénéfices. En effet, en se bornant à affirmer que "*le mécanisme décrit s'assimile à un lissage des revenus distribués qui sont supérieurs aux bénéfices en années creuses et inférieurs à ceux-ci en année pleine, le tout ayant évidemment vocation à s'équilibrer*", sans s'être concrètement assurée de ce que les distributions exceptionnelles de réserves effectuées par la société civile au cours des années en litige pouvaient, eu égard à leurs montants et en l'état des bénéfices constatés en années pleines et en années creuses, indéfiniment se reproduire, la cour d'appel (CA Douai, 9 mars 2015, n° 14/03 255 N° Lexbase : A0127ND3) n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 885 S (N° Lexbase : L9263HZ4) et 666 (N° Lexbase : L7724HLN) du CGI. Cette décision semble aller à l'encontre d'un principe relevé par la doctrine administrative qui évoque "la non-déductibilité de l'actif soumis à l'impôt de solidarité sur la fortune de la valeur du bien objet d'un quasi-usufruit" (cf. l'Encyclopédie "Droit fiscal" N° Lexbase : E4307ERX et le BoFip — Impôts N° Lexbase : X8147ALC).

## Notaires

# [Jurisprudence] SCP de notaires : nullité d'une clause d'un acte de cession de parts sociales

N° Lexbase : N2989BWM



par *Eric Meiller, Notaire, Docteur en droit, Chargé d'enseignement à l'Université Lyon III*

Réf. : Cass. civ. 1, 12 mai 2016, n° 15-12.360, FS-P+B (N° Lexbase : A0866RPR)

**Un acte de cession de parts contenait renonciation par le notaire cédant à tout bénéfice de la SCP entre la date dudit acte et celle de l'arrêté du Garde des Sceaux constatant son retrait. Par un arrêt de la première chambre civile, en date du 12 mai 2016, la Cour de cassation décide que, même inactif au sein de la SCP, le cédant ne peut renoncer sans contrepartie à la rémunération de ses apports en capital.**

La société civile professionnelle a pour objet l'exercice en commun d'une même profession libérale réglementée (1). Dans une telle société, l'associé ne peut se borner à réaliser un apport en capital. Son industrie y est également essentielle, puisque les recettes de la société proviennent de la facturation des prestations accomplies par les professionnels libéraux exerçant au sein de la société. D'où un problème lorsqu'un des associés d'une telle société cesse d'y effectuer sa part d'activité.

En droit commun des sociétés, la part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire (2). En matière de société civile professionnelle, le décret propre à chaque profession peut déterminer les modalités de répartition des bénéfices (3). Ce qui n'est pas le cas du décret relatif aux sociétés de notaires (4). Dans une telle hypothèse, la loi laisse alors liberté aux statuts de convenir des modalités de répartition des bénéfices non proportionnels aux apports en capital. En pratique, il n'est pas rare de rencontrer des statuts prévoyant un bénéfice affecté pour 30 à 70 % au capital, le surplus à l'industrie. Mais il est aussi fréquent de rencontrer des statuts-type ne prévoyant rien de spécial. Auquel cas, la loi dispose que chaque associé a un droit égal au bénéfice de la société civile professionnelle (5). Dans tous les cas, un contentieux peut surgir lorsque les associés découvrent que leur associé qui n'a plus aucune activité professionnelle a néanmoins droit à la même rémunération qu'eux, ou, du moins, à un minimum de rémunération en raison de son apport en capital.

La jurisprudence donne de multiples exemples des contentieux possibles. Ainsi, un notaire condamné pénalement pour malversations, et démissionnaire au bout d'un an d'exercice au sein de la SCP, obtint le partage des huit années de bénéfices réalisés par son associé durant la période écoulée entre son retrait en tant que notaire et la date où ses parts furent effectivement cédées (6). Ainsi, les héritiers d'un architecte décédé ont pu obtenir une part des bénéfices de la SCP concernée, malgré le dépassement du délai légal pour procéder à la cession des parts après le décès (7).

L'espèce du présent arrêt est, toutefois, un peu différente. Un notaire céda en 2006 ses parts de SCP à son successeur. L'arrêté du Garde des Sceaux, rendant l'opération effective, n'intervint que trois années plus tard. L'acte de cession stipulait que le cédant n'aurait plus droit au bénéfice de la SCP à compter de 2006, d'autant plus que ce

dernier se trouva peu après en situation d'incapacité de travail. Le cédant demanda, néanmoins, sa part dans les bénéfices pour la période allant de 2006 à 2009. Les juges du fond lui donnèrent raison, en se fondant sur le texte qui décide que l'arrêté de retrait du Garde des Sceaux fait perdre au notaire ses droits d'associés, à l'exception de son droit à rémunération (8). Texte dont les juges déduisaient, *a fortiori*, que le notaire a droit à sa part des bénéfices jusqu'au jour de l'arrêté du Garde des Sceaux constatant son retrait. Le pourvoi critiquait justement cette motivation, en considérant, d'une part, que le texte concerne le retrait et non la cession consensuelle de parts, et, d'autre part, que ce texte ne doit pas être considéré d'ordre public.

La Cour de cassation rejette néanmoins ce moyen du pourvoi, en opérant toutefois une substitution de motifs. Quittant les textes spéciaux aux SCP, les juges invoquent l'article 1131 du Code civil (N° Lexbase : L1231AB9), selon lequel l'obligation sans cause ne peut avoir aucun effet. D'où ils déduisent la règle selon laquelle "*la cessation de la participation d'un notaire à l'activité de la SCP dont il se retire ne peut constituer la contrepartie d'une privation de la rémunération afférente à ses apports en capitaux*". La motivation de l'arrêt a donc une portée bien plus large que les seules cessions de SCP de notaire, et relève du droit commun des obligations. Il convient donc de rappeler la nullité des obligations en l'absence de contrepartie (I), dont est déduite la possible nullité d'une seule clause de l'acte pour absence de contrepartie (II).

### **I — Absence de contrepartie d'une obligation**

Selon l'article 1131 du Code civil, l'obligation sans cause ne peut avoir aucun effet. Dans un contrat onéreux, et pour simplifier, l'absence de cause d'une obligation correspond à son absence de contrepartie (9). La loi en donne différents exemples, ainsi la nullité de la vente lorsque la chose vendue est déjà détruite (10), ou la nullité de la rente viagère constituée au profit d'une personne déjà décédée au jour de la vente (11). Sur le même modèle, la jurisprudence contient de multiples hypothèses similaires. Est ainsi reconnue sans cause la convention de révélation de succession, lorsque le généalogiste n'a rendu aucun service à l'héritier, la succession pouvant parvenir à sa connaissance sans cette intervention (12). Est également sans cause la commission d'intermédiaire prévue pour la vente d'un bien qui n'existe pas (13).

Sur cette base classique, qui correspond à une absence totale de contrepartie dans un contrat supposé onéreux, la jurisprudence a pu se développer dans deux directions. La première direction est une appréciation parfois "subjective" de la cause, en s'intéressant aux motifs qui ont conduit les parties à contracter. Ainsi dans l'affaire "Point club vidéo", où un contrat de location est annulé pour défaut de cause, l'activité permise par cette location n'ayant aucune viabilité économique, ce qui revenait à assimiler la cause avec le motif du contrat (14). De la même manière, a pu être annulée pour défaut de cause, une donation-partage consentie en vue d'un avantage fiscal rétroactivement supprimé par une loi de finances (15). C'est un raisonnement similaire qui conduit à sanctionner le défaut de cause par la nullité relative, au lieu de la nullité absolue, au motif que le mécanisme sert à protéger les intérêts d'une seule des parties (16).

La seconde direction est l'admission du défaut de cause même dans des hypothèses où il n'y a pas absence totale de contrepartie. Ainsi, le prix dérisoire est assimilé à une absence de cause (17). Plus encore, les juges admettent de réduire les honoraires disproportionnés ou exagérés (18). Ce qui a pu se comprendre comme une extension prétorienne de la lésion ou, bien plutôt, comme l'annulation d'un contrat en raison d'un défaut partiel de cause (19). Et ce qui revient à faire de la cause bien plus qu'une exigence de contrepartie à l'obligation de chaque partie, mais une exigence de proportionnalité entre celles-ci. Accentuant encore cette idée, la jurisprudence en est arrivée à se demander si l'absence de cause ne pouvait s'appréhender de manière isolée au sein du contrat, au seul niveau d'une clause particulière.

### **II — Absence de contrepartie d'une stipulation**

En l'espèce, il est évident que l'associé qui s'oblige conventionnellement à renoncer à la rémunération de son capital au profit de ses coassociés, doit recevoir une contrepartie à son engagement, sauf à être animé d'une intention libérale. Si cette affirmation ne fait pas de doute dans l'hypothèse où la renonciation est l'objet principal du contrat, elle devient moins évidente lorsque cette stipulation n'en est qu'une parmi d'autres au sein d'un contrat global. L'ensemble des stipulations d'un contrat est normalement l'objet d'une négociation d'ensemble, et il est discutable de vouloir postuler une contrepartie identifiable en regard de chaque stipulation (20).

La jurisprudence était jadis prudente en la matière. Ainsi, avant que le législateur ne reconnaisse au juge un pouvoir modérateur en la matière, certaines juridictions ont invoqué l'absence partielle de cause pour minorer les clauses pénales stipulées dans certains contrats (21). Mais ce raisonnement fut censuré par la Cour de cassation, qui préféra assurer l'intangibilité du contrat (22).

Désormais, la tendance est inverse. La jurisprudence n'hésite pas à utiliser la notion de cause pour annuler cer-

taines clauses disproportionnées, particulièrement dans les contrats d'adhésion, laissant subsister le contrat pour le surplus (23). Le juge se reconnaît ainsi un pouvoir de réfection du contrat, déjouant la prévision des parties. La notion de cause a ainsi été invoquée pour exiger qu'une clause de non-concurrence soit proportionnée aux intérêts à protéger (24), pour annuler l'exclusivité associée à un contrat de fourniture lorsque cette exclusivité est compensée par une contrepartie dérisoire (25), etc.. La jurisprudence la plus remarquable restant celle de l'arrêt "Chronopost", qui, sur le fondement de l'article 1131 du Code civil, répute non écrite la clause limitative de responsabilité insérée dans un contrat, dès lors que cette clause contredit la portée de l'obligation essentielle du débiteur (26).

L'arrêt d'espèce est donc une nouvelle application de cette idée consistant à annuler, au nom de la notion de cause, une stipulation sans apparente contrepartie dans un contrat onéreux. L'extension n'est cependant pas heureuse. Le contrat de cession de parts de SCP par un notaire n'a rien d'un contrat d'adhésion, surtout pour le cédant, et il est raisonnable de présumer que le prix convenu tient compte de l'ensemble des stipulations à la charge des parties au contrat. Et il n'est donc pas spécialement opportun que le juge vienne modifier l'équilibre contractuel.

Cela étant, il convient de prendre acte de la solution prétorienne. Aussi, ceux qui souhaiteraient stipuler une clause similaire à celle ici annulée doivent être prudents. Une première possibilité, plutôt qu'une convention dans l'acte de cession, est de modifier les statuts de la SCP antérieurement à la cession, et de diminuer la rémunération du capital et d'augmenter celle de l'industrie. Une seconde possibilité est d'explicitement la cause de la stipulation présentant un risque de litige. Ainsi, on peut imaginer une stipulation expliquant l'évaluation retenue pour les parts de SCP, estimant le délai prévisible entre l'acte et l'arrêt du Garde des Sceaux, estimant la part de bénéfices prévisionnels durant la même période, et convenant à forfait d'une augmentation du prix en contrepartie de la renonciation du cédant à tout bénéfice. L'acceptation de l'aléa interdit à celui qui sera finalement lésé de se plaindre du résultat, selon que le délai se révèle plus long ou plus court que prévu, ou les bénéfices meilleurs ou moindres qu'espérés (27). Et l'explicitation de la cause permet au juge d'exercer son contrôle sur la réalité de la contrepartie.

Enfin, on peut s'interroger sur l'avenir de la présente jurisprudence au regard de la réforme du droit des obligations. L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats et des obligations (N° Lexbase : L4857KYK), entre en vigueur le 1er octobre 2016. La notion de cause est supprimée, ainsi que la rédaction de l'actuel article 1131 du Code civil. Mais les fonctions que remplissait la notion sont conservées, pour l'essentiel, par le biais de règles spéciales. Pour ce qui concerne le présent propos, ces règles seront les trois suivantes :

— un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire (28) ;

— toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite (29) ;

— dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix à la prestation (30).

La cession de parts de SCP étant rarement, voire jamais, un contrat d'adhésion, on peut donc se demander si la solution du présent arrêt pourra se maintenir dans l'avenir prochain.

(1) Loi n° 66-879 du 29 novembre 1966, art. 1er (N° Lexbase : L3146AID).

(2) C. civ., art. 1844-1 (N° Lexbase : L2021ABH).

(3) Loi n° 66-879 du 29 novembre 1966, art. 14, al. 2.

(4) Décret n° 67-868 du 2 octobre 1967 (N° Lexbase : L1983DY4).

(5) Loi n° 66-879 du 29 novembre 1966, art. 14, al. 3.

(6) Cass. civ. 1, 1er juillet 1997, n° 95-17.423, JCP éd. N, 1997, n° 45, p. 1385, note B. Jadaud.

(7) Cass. civ. 1, 12 juillet 2012, n° 11-18.453, FS-P+B+I (N° Lexbase : A83481QA), Bull. civ. I, n° 172.

(8) Décret n° 67-868 du 2 octobre 1967, art. 31.

(9) J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, n° 149.

(10) C. civ., art. 1601 (N° Lexbase : L1686AB3).

- (11) C. civ., art. 1974 (N° Lexbase : L2197ABY).
- (12) Cass. civ.1, 18 avril 1953, n° 53-06.152 (N° Lexbase : A9836CHR), Bull. civ., n° 128 ; JCP éd. G, 1953, II, 7761 ; D., 1953, p. 403.
- (13) Cass. crim., 5 janvier 1966, n° 65-90.709 (N° Lexbase : A1167CGC), Bull. civ. III. n° 6.
- (14) Cass. civ. 1, 3 juillet 1996, n° 94-15.729 (N° Lexbase : A8546AB7), Bull. civ. I, n° 286 ; JCP éd. G, 1997, I, 4015, n° 4, obs. Labarthe ; D., 1997, p. 500, note
- (15) Cass. civ. 1, 11 février 1986, n° 84-15.513 (N° Lexbase : A3147AAS), Bull. civ. I, n° 25 ; JCP éd. G, 1988, II, 21 027, note C. David ; D., 1986, inf. rap., p. 220 ; Defrénois 1986, art. 33 825, p. 1523, obs. Champenois ; RTDCiv., 1987, p. 586, obs. Patarin.
- (16) Cass. civ. 3, 29 mars 2006, n° 05-16.032, FS-P+B (N° Lexbase : A8693DNB), Bull. civ. III, n° 88 ; JCP éd. G, 2006, I, 153, n° 7, obs. Constantin ; D., 2007, p. 477, note J. Ghestin ; RDC, 2006/4, p. 1072, obs. D. Mazeaud.
- (17) Par ex., Cass. civ. 1, 10 mai 2005, n° 03-12.496, FS-P+B (N° Lexbase : A2249DI7), Bull. civ. I, n° 203.
- (18) Par ex., Cass. civ. 1, 5 mai 1998, n° 96-14.328 (N° Lexbase : A2255ACI), Bull. civ. I, n° 168.
- (19) J. Ghestin, *op. cit.*, n° 828.
- (20) G. Arbaut-Michel, *Les relations entre les clauses et le contrat*, thèse Montpellier 2001, n° 518.
- (21) Par ex., CA Paris, 27 juin 1970, JCP éd. G, 1970, II, 16 576, note B. Boubli.
- (22) Cass. com., 4 juillet 1972, n° 71-10.971 (N° Lexbase : A0522CGG), Bull. civ. IV, n° 213 ; D., 1972, p. 732, note Ph. Malaurie.
- (23) J. — M. Gueguen, *Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle*, D., 1999, chron., p. 352.
- (24) Cass. civ. 1, 11 mai 1999, n° 97-14.493 (N° Lexbase : A3413AUX), Bull. civ. I, n° 156, Defrénois 1999, art. 37 241, p. 992, obs. D. Mazeaud.
- (25) Cass. com., 14 octobre 1997, n° 95-14.285 (N° Lexbase : A2630CTL), D., 1998, somm., p. 333, 2ème esp., obs. Ferrier ; Defrénois, 1998, art. 36 860, p. 1040, obs. D. Mazeaud.
- (26) Cass. com., 22 octobre 1996, n° 93-18.632 (N° Lexbase : A2343ABE), Bull. civ. IV, n° 261 ; JCP éd. G, 1997, I, 4002, n° 1, obs. M. Fabre-Magnan ; JCP éd. G, 1997, I, 4025, n° 17, obs. G. Viney, et JCP éd. G, 1997, II, 22 881, note D. Cohen ; D., 1997, p. 121, note A. Sériaux ; Defrénois 1997, art. 36 516, p. 333, obs. D. Mazeaud ; RTDCiv., 1997, p. 416, obs. J. Mestre ; Contrats, conc. consom., 1997, comm., 24, obs. Leveneur.
- (27) Arg. Cass. com., 17 juillet 1965, Bull. civ. III, n° 444.
- (28) C. civ., art. 1169 (N° Lexbase : L1271ABP).
- (29) C. civ., art. 1170 (N° Lexbase : L1272ABQ).
- (30) C. civ., art. 1171 (N° Lexbase : L1273ABR).

## Procédure pénale

# [Brèves] Déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions relatives au permis de visite au profit d'un membre de la famille d'un prévenu

N° Lexbase : N2935BWM

Réf. : *Cons. const., décision n° 2016-543 QPC, du 24 mai 2016* (N° Lexbase : A1685RQH)

L'absence de voie de droit permettant la remise en cause de la décision du magistrat, excepté lorsque cette décision est relative au refus d'accorder, durant l'instruction, un permis de visite au profit d'un membre de la famille du prévenu méconnaît les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 (N° Lexbase : L1363A9D). Aussi, s'agissant d'une demande portant sur la possibilité pour une personne placée en détention provisoire de recevoir des visites, l'absence de tout délai déterminé imparti au juge d'instruction pour statuer n'ouvre aucune voie de recours en l'absence de réponse du juge. Cette absence de délai déterminé conduit donc à ce que la procédure applicable méconnaisse les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration précitée. Elle prive également de garanties légales la protection constitutionnelle du droit au respect de la vie privée et du droit de mener une vie familiale normale. Il en résulte que les troisième et quatrième alinéas de l'article 145-4 du Code de procédure pénale (N° Lexbase : L3508AZX) et les mots : "*et, en ce qui concerne les prévenus, aux nécessités de l'information*" figurant au deuxième alinéa de l'article 39 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, pénitentiaire (N° Lexbase : L9344IES) doivent être déclarés contraires à la Constitution. Telle est la réponse donnée par le Conseil constitutionnel, dans une décision du 24 mai 2016 (Cons. const., décision n° 2016-543 QPC, du 24 mai 2016 N° Lexbase : A1685RQH). En l'espèce, les requérants posaient une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles 35 et 39 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 et des articles 145-4 (N° Lexbase : L3508AZX) et 715 (N° Lexbase : L4137AZA) du Code de procédure pénale. Selon eux, ces dispositions méconnaîtraient le droit à un recours juridictionnel effectif, le droit de mener une vie de famille normale et le droit au respect de la vie privée. Après avoir énoncé les principes susvisés, le Conseil constitutionnel admet l'inconstitutionnalité des dispositions contestées. Toutefois, afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, les Sages décident que la déclaration d'inconstitutionnalité est reportée jusqu'à l'entrée en vigueur de nouvelles dispositions législatives ou au plus tard, jusqu'au 31 décembre 2016 (cf. l'Encyclopédie "Procédure pénale" N° Lexbase : E4470EU4).

## Procédures fiscales

# [Brèves] Renvoi d'une QPC relative à la faculté exclusive pour l'administration de poursuivre un contribuable pour fraude fiscale

N° Lexbase : N2999BWY

Réf. : Cass. crim., 19 mai 2016, n° 16-81.857, FS-P+B (N° Lexbase : A0134RRE)

A été renvoyée devant le Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relative à la faculté exclusive pour l'administration de poursuivre un contribuable pour fraude fiscale (Cass. crim., 19 mai 2016, n° 16-81.857, FS-P+B N° Lexbase : A0134RRE). En effet, l'article L. 228 du LPF (N° Lexbase : L9492IY9) énonce que les plaintes tendant à l'application de sanctions pénales en matière d'impôts directs, de TVA et autres taxes sur le chiffre d'affaires, de droits d'enregistrement, de taxe de publicité foncière et de droits de timbre doivent être déposées par l'administration sur avis conforme de la commission des infractions fiscales. Pour la Haute juridiction judiciaire, cette disposition est applicable à la procédure et n'a pas été déjà déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel. La QPC présente également un caractère sérieux car la disposition litigieuse, qui subordonne les poursuites pour fraudes fiscales à une plainte préalable de l'administration fiscale sur avis conforme de la commission des infractions fiscales, est susceptible de porter une atteinte injustifiée aux principes d'indépendance de l'autorité judiciaire et de la séparation des pouvoirs, en privant le ministère public de la plénitude de son pouvoir d'apprécier l'opportunité des poursuites au bénéfice du ministre chargé du Budget (cf. l'Encyclopédie "Droit fiscal" N° Lexbase : E5084AGE et le BoFip — Impôts N° Lexbase : X8831ALN).

## Rémunération

# [Jurisprudence] Le transfert des avoirs placés au sein d'un plan d'épargne d'entreprise

N° Lexbase : N2939BWR



par Gilles Auzero, Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux

Réf. : Cass. soc., 19 mai 2016, n° 14-29.786, FS-P+B (N° Lexbase : A0811RQ4)

Par nature complexes et techniques, les questions juridiques relatives aux dispositifs d'épargne salariale deviennent encore plus épineuses lorsque se produit une modification dans la situation juridique de l'employeur. Il convient, en effet, de déterminer, dans ce cas, le sort des avoirs des salariés dont le contrat de travail est transféré en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Ayant pris conscience des difficultés suscitées en la matière par la seule application des règles du droit commun relatives, notamment, à la mise en cause du statut conventionnel, le législateur a édicté des règles spéciales qui, malheureusement, ne brillent pas par leur clarté. Ce sont ces règles que la Cour de cassation a été conduite à appliquer dans un arrêt rendu le 19 mai 2016, dans lequel était en cause le transfert des avoirs placés au sein d'un plan d'épargne d'entreprise.

En cas de transfert d'un salarié au sens de l'article L. 1224-1 du Code du travail (N° Lexbase : L0840H9Y), celui-ci, s'il conserve ses droits au sein du plan d'épargne d'entreprise mis en place par l'employeur sortant, dispose seulement de la faculté de transférer ses avoirs au sein du plan d'épargne d'entreprise, s'il existe, de son nouvel employeur.

### I — Sort des dispositifs d'épargne salariale en cas de transfert d'entreprise

**Un régime dérogatoire.** Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, le sort du statut collectif applicable aux salariés qui lui sont contractuellement liés est réglé, d'une part, par la loi, s'agissant des conventions et accords collectifs de travail (1) et, d'autre part, par la jurisprudence pour ce qui est des engagements unilatéraux de l'employeur.

La mise en œuvre de ces règles légales et jurisprudentielles posait, cependant, d'importantes difficultés, lorsque l'accord collectif ou l'engagement unilatéral a pour objet un dispositif d'épargne salariale (2). Aussi, le législateur a-t-il adopté des dispositions spécifiques et dérogatoires au droit commun en matière d'épargne salariale.

Ainsi, "en cas de modification survenue dans la situation juridique de l'entreprise, par fusion, cession ou scission et lorsque cette modification rend impossible l'application de l'accord d'intéressement, cet accord cesse de produire effet entre le nouvel employeur et les salariés de l'entreprise" (C. trav., art. L. 3313-4 N° Lexbase : L1093H9D). La même règle est énoncée par l'article L. 3323-7 du Code du travail (N° Lexbase : L3253IMG) à propos des accords de participation.

On comprend ainsi que, contrairement à ce qui résulte du droit commun, il ne saurait y avoir de survie provisoire

de l'accord d'intéressement ou de participation, à tout le moins lorsque son application est devenue impossible par l'effet de la modification juridique dans la situation de l'employeur (3).

**Le cas particulier des plans d'épargne d'entreprise.** En application de l'alinéa 1er de l'article L. 3335-1 du Code du travail (N° Lexbase : L1358H98), "*en cas de modification survenue dans la situation juridique d'une entreprise ayant mis en place un plan d'épargne d'entreprise, notamment par fusion, cession, absorption ou scission rendant impossible la poursuite de l'ancien plan d'épargne, les sommes qui y étaient affectées peuvent être transférées dans le plan d'épargne de la nouvelle entreprise, après information des représentants du personnel dans des conditions prévues par décret*".

On remarquera qu'à la différence de ceux qui ont été précédemment évoqués, ce texte ne vise pas l'impossible application de l'accord ayant mis en place le plan d'épargne, mais l'impossibilité de le poursuivre. Ce faisant, la loi ne prévoit pas explicitement la cessation des effets du plan d'épargne d'entreprise de l'ancien employeur. On peut, cependant, considérer qu'elle est implicitement admise par la référence à l'impossibilité de maintenir l'ancien plan d'épargne (4).

## II — Le transfert des sommes affectés à un plan d'épargne d'entreprise

**L'affaire.** En l'espèce, Mme X avait été engagée par M. Y, pharmacien, en qualité de préparatrice en pharmacie, dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée à compter du 8 octobre 1994. Par acte du 25 septembre 2007, M. Y avait cédé son officine à la SELAS Pharmacie de Guyenne et le contrat de travail de Mme X avait été transféré au nouvel employeur. Licenciée pour inaptitude le 7 août 2012, la salariée avait saisi la juridiction prud'homale en formant notamment une demande de dommages-intérêts au titre des sommes qu'elle aurait dû percevoir dans le cadre du plan d'épargne d'entreprise qu'avait mis en place son ancien employeur.

Pour condamner la société Pharmacie de Guyenne à payer à la salariée des dommages-intérêts pour la perte du bénéfice de son plan d'épargne d'entreprise entre janvier 2008 et son départ de l'entreprise, l'arrêt attaqué avait retenu que, sauf impossibilité, l'entreprise cessionnaire est tenue de poursuivre le plan d'épargne d'entreprise mis en place par l'ancien employeur et ne peut se retrancher derrière son ignorance du contenu du plan d'épargne d'entreprise qu'il lui appartenait de poursuivre, et donc de rechercher.

Cette décision est censurée par la Cour de cassation au visa des articles L. 3335-1, L. 3335-2 (N° Lexbase : L0891ICY) et R. 3332-20 (N° Lexbase : L60391XX) du Code du travail, ensemble l'article L. 1224-1 du même code. Après avoir rappelé les termes du premier de ces textes, et ceux de l'alinéa 3 du deuxième, la Chambre sociale affirme "*qu'il en résulte qu'en cas de transfert d'un salarié au sens de l'article L. 1224-1 du Code du travail, celui-ci, s'il conserve ses droits au sein du plan d'épargne d'entreprise mis en place par l'employeur sortant, dispose seulement de la faculté de transférer ses avoirs au sein du plan d'épargne d'entreprise, s'il existe, de son nouvel employeur*".

**Une solution d'interprétation délicate.** On s'accordera, avec la Cour de cassation, pour considérer que, tant l'article L. 3335-1, que l'article L. 3335-2, alinéa 3, du Code du travail, octroient au salarié, dont le contrat de travail est transféré en application de l'article L. 1224-1, une simple faculté de demander le transfert de ses avoirs au sein du plan d'épargne d'entreprise de son nouvel employeur. Toutefois, à s'en tenir au premier de ces textes, ce transfert semble subordonné à l'impossibilité de poursuivre l'application du plan d'épargne de l'ancien employeur. De manière regrettable, le législateur n'a pas envisagé l'hypothèse dans laquelle le nouvel employeur, dans l'impossibilité de maintenir le plan de l'ancien, n'en aurait pas constitué un lui-même. Faut-il en déduire que le salarié peut demander la libération de ses fonds, alors que l'on ne se trouve pas dans une hypothèse de déblocage anticipé ? Plus vraisemblablement, et l'arrêt commenté est en ce sens, il semble qu'il faille considérer que, dans ce cas, les avoirs du salarié sont appelés à demeurer dans le plan d'épargne d'entreprise de l'ancien employeur.

En l'absence de toute impossibilité de poursuite de l'ancien plan, les avoirs du salarié ont vocation à rester dans le plan initial, poursuivi par le nouvel employeur. Mais, en ce cas, le salarié devrait aussi être en mesure d'effectuer de nouveaux versements dans les conditions prévues par le plan poursuivi (5). Cette dernière assertion démontre l'intérêt qu'il y a à se prononcer sur l'impossibilité ou non de poursuivre l'application du plan d'épargne en vigueur chez l'ancien employeur. Car, le fait que le nouvel employeur ne poursuive pas le plan d'épargne, alors qu'il est en mesure de le faire, interdit au salarié d'effectuer de nouveaux versements et le prive, de ce fait et effectivement, du bénéfice de celui-ci.

(1) C. trav., art. L. 2261-14 (N° Lexbase : L2442H9C), relatif à la mise en cause des conventions et accords collectifs de travail.

(2) Sur ces difficultés, v. G. Jolivet et H. Ouaiissi, *Le sort des régimes d'épargne salariale lors de transferts d'entreprise*, JCP éd. S, 2007, 1466.

(3) A proprement parler, ces textes ne règlent pas la situation dans laquelle le dispositif en cause a été mis en place unilatéralement. On peut, cependant, considérer, par analogie, que l'impossibilité à laquelle il est fait référence s'applique aux engagements unilatéraux et interdit leur transfert au nouvel employeur.

(4) V. en ce sens, G. Bordier, *Plans d'épargne salariale*, J. — Cl., Travail, Fasc. 27-22, § 53.

(5) V. en ce sens, G. Bordier, *op. cit.*, § 53.

**Décision**

Cass. soc., 19 mai 2016, n° 14-29.786, FS-P+B (N° Lexbase : A0811RQ4).

Cassation (CA Bordeaux, 5 novembre 2014 n° 13/05 908 N° Lexbase : A8346MZ7).

**Textes visés** : C. trav., art. L. 3335-1 (N° Lexbase : L1358H98), L. 3335-2 (N° Lexbase : L0891ICY) et R. 3332-20 (N° Lexbase : L6039IXX), ensemble l'article L. 1224-1 (N° Lexbase : L0840H9Y) du même code.

**Mots-clés** : transfert d'entreprise ; plan d'épargne d'entreprise ; transfert des avoirs au nouvel employeur.

**Lien base** : (N° Lexbase : E1042ETR).

## Santé

# [Brèves] PMA : autorisation du Conseil d'Etat pour l'exportation de gamètes en vue d'une insémination *post-mortem* réalisée à l'étranger

N° Lexbase : N3032BW9

Réf. : CE Contentieux, 31 mai 2016, n° 396 848 (N° Lexbase : A2628RRR)

Le refus d'exportation de gamètes en vue d'une insémination *post-mortem* réalisée à l'étranger sur le fondement de la loi française, porte une atteinte manifestement excessive au droit au respect de la vie privée et familiale que garantit l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (N° Lexbase : L4798AQR). Partant, doit être annulée l'ordonnance refusant une telle exportation. Telle est la solution énoncée par le Conseil d'Etat dans un arrêt d'assemblée rendu le 31 mai 2016 (CE Contentieux, 31 mai 2016, n° 396 848 N° Lexbase : A2628RRR). En l'espèce, Mme A. et M. B. avaient formé, ensemble, le projet de donner naissance à un enfant. En raison d'une maladie grave dont le traitement risquait de le rendre stérile, M. B. a procédé, à titre préventif, à un dépôt de gamètes dans le centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme d'un hôpital parisien, dans l'intention de bénéficier d'une assistance médicale à la procréation. Ce projet n'a pu aboutir en raison de la détérioration brutale de l'état de santé de M. B., qui a entraîné son décès. Avant son décès, M. B. avait explicitement consenti à ce que son épouse puisse bénéficier d'une insémination artificielle avec ses gamètes à titre posthume en Espagne, pays d'origine de Mme A., qui autorise l'insémination *post-mortem*. Après le décès de son époux, Mme A., qui est retournée vivre en Espagne, a donc demandé à l'administration française de lui permettre d'exporter les gamètes de son époux pour permettre la conception de l'enfant en Espagne. Cette demande a été refusée, en application de l'interdiction française de l'insémination *post-mortem*. Mme A. a contesté ce refus devant le juge du référé-liberté du tribunal administratif. Celui-ci ayant refusé d'accéder à sa demande, elle a ensuite saisi le Conseil d'Etat (TA Paris, du 25 janvier 2016, n° 1 601 133 N° Lexbase : A3374RQZ). Le Conseil d'Etat a d'abord jugé que la législation française, prise dans son ensemble, n'était pas contraire à l'article 8 de la CESDH : s'agissant de ces sujets de bioéthique, la marge d'appréciation que la Convention laisse aux Etats est importante et tant l'interdiction de procéder à une insémination *post-mortem* que l'interdiction d'exporter à cette fin des gamètes conservés en France relèvent de cette marge d'appréciation. Il a relevé ensuite que la situation actuelle de Mme A. résultait de l'état de santé de M. B., qui avait empêché les époux de mener à bien leur projet durablement réfléchi d'avoir un enfant et, notamment, de procéder à un autre dépôt de gamètes en Espagne, pays autorisant l'insémination *post-mortem*. Dans ces conditions, Mme A., revenue vivre en Espagne auprès de sa famille sans avoir eu l'intention de contourner la loi française, se retrouve dans une situation où l'exportation des gamètes conservés en France constitue la seule façon pour elle d'exercer la faculté que lui ouvre la loi espagnole (cf. l'Encyclopédie "Droit médical" N° Lexbase : E9883EQ4).

## Sociétés

# [Jurisprudence] Les enjeux de la non-immatriculation d'une société civile immobilière

N° Lexbase : N2938BWQ



par *Deen Gibrila, Professeur à la Faculté de droit et science politique (Université Toulouse 1 Capitole), Directeur scientifique de Lexbase Hebdo — édition affaires*

Réf. : Cass. civ. 3, 4 mai 2016, n° 14-28.243, FS-P+B (N° Lexbase : A3391RNW)

Le cadre du litige tranché dans l'arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 4 mai 2016 est une société civile immobilière (SCI) créée en 1970 et dont le capital est détenu par un couple marié, respectivement à 50 et 150 parts, soit un quart et trois quarts. Ladite société étant propriétaire d'un immeuble, un jugement du 15 novembre 1999 a condamné l'époux associé à payer diverses sommes à un tiers. Les procédures de recouvrement forcé engagées étant demeurées infructueuses, le créancier a, sur le fondement des articles 1166 (N° Lexbase : L1268ABL) et 815-17 (N° Lexbase : L9945HNN) du Code civil, assigné les deux membres du couple en vue d'obtenir la décision selon laquelle, à défaut d'immatriculation au RCS, la SCI s'est muée en société en participation, que les biens sociaux sont la propriété indivise de ces derniers, de voir prononcer la dissolution de la société et ordonner l'ouverture des opérations de comptes, liquidation et partage de l'indivision et la licitation de l'immeuble.

Faisant grief à la cour d'appel de Nouméa d'avoir accueilli la demande de leur créancier dans sa décision du 18 août 2014, les intéressés forment un recours en cassation.

Saisie du différend, la troisième chambre civile rejette le pourvoi dans l'arrêt rendu le 4 mai 2016 au motif, d'une part, que faute d'avoir été inscrite au registre du commerce et des sociétés dans le délai prévu par l'article 44 de la loi du 15 mai 2001 (loi "NRE" N° Lexbase : L8295ASZ) rendu applicable au territoire de la Nouvelle-Calédonie par l'article 12 de l'ordonnance du 19 août 2004 (n° 2004-823 N° Lexbase : L0885GTX), publiée le 21 août 2004, une SCI dépourvue de personnalité morale obéit aux règles applicables aux sociétés en participation (I) ; d'autre part, que n'ayant pas été organisée par un pacte conforme à celui d'une société en participation à durée déterminée, la société est nécessairement à durée indéterminée, si bien que la demande dudit créancier doit être accueillie (II).

### I — L'absence de dissolution de la SCI dégénérée en société en participation

Sous l'ancien régime, contrairement aux sociétés commerciales qui étaient tenues de s'immatriculer au RCS pour acquérir de la personnalité morale, les sociétés civiles pouvaient bénéficier de celle-ci sans être contraintes de remplir cette formalité. Pour des motifs d'opportunité, la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 (N° Lexbase : L3612IEI) a rendu obligatoire l'immatriculation des sociétés civiles sans que celle-ci fasse présumer leur commercialité (1).

Néanmoins, certaines d'entre elles constituées avant le 1er juillet 1978, date d'entrée en vigueur de ce texte, demeureraient occultes, sauf à répondre à une mise en demeure du ministère public ou de tout intéressé de régulariser leur situation en s'immatriculant (2). En effet, la majeure partie de ces sociétés n'était que des "coquilles vides [pouvant] à tout moment participer à des montages suspects, notamment dans le domaine du blanchiment d'argent", sans

compter que l'absence d'immatriculation rendait opaque la transmission des parts sociales (3). Aussi, l'article 44 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques, leur a imposé de s'immatriculer à compter du premier jour du dix-huitième mois suivant la publication de la loi, soit le 31 octobre 2002.

Quant à savoir ce qu'il adviendrait des sociétés qui ne s'étaient pas conformées à cette obligation à la date fatidique du 1er novembre 2002, certains auteurs avaient préconisé qu'elles fussent dissoutes (4). En réalité, il ne pouvait en être ainsi dès lors que cette mesure n'était envisagée, ni par une décision des associés adoptée dans les conditions requises pour modifier les statuts (5), ni encore moins par une disposition législative (6). Le mutisme des textes a conduit à admettre qu'à l'échéance prévue par le législateur, le contrat de société a survécu à l'inaccomplissement de la procédure d'immatriculation, évitant ainsi de considérer les sociétés civiles concernées comme dissoutes (7).

Il y a donc lieu de considérer que la survenance de l'échéance du 1er novembre 2002 a entraîné la perte automatique de la personnalité morale pour les sociétés civiles concernées qui se sont trouvées placées sous le régime des sociétés en participation. Pour autant, rien n'a empêché les membres de celles-ci de récupérer la personnalité juridique perdue par manque de vigilance ou de célérité, en sollicitant une immatriculation bien après la date exigée, même plusieurs mois, voire plusieurs années plus tard. Par rapport au schéma classique, la différence réside dans le fait que ces sociétés, dégénérées en attendant une nouvelle immatriculation, ne connaissent pas de phase de constitution, dite de "formation", caractérisée par une activité de "démarrage", mais une période d'absence de personnalité morale propre aux sociétés en participation marquée par une activité de "croisière". Cette approche a été consacrée par des juges du fond.

Dans une affaire, une SCI s'est heurtée en raison de la tardiveté de sa demande présentée après le 1er novembre 2002, au refus conjoint d'immatriculation de la part du greffier et du juge commis à la surveillance du RCS. Cette décision a été censurée par la cour d'appel de Dijon au motif qu'aucun texte législatif ou réglementaire ne prévoit le rejet d'une demande déposée postérieurement à la date exigée (8); dès lors, il convient d'ordonner au greffier de procéder à l'immatriculation de la société civile.

Cette position est conforme à une réponse ministérielle (9) et à une circulaire du ministère de la Justice du 26 décembre 2002 (10) qui ont préconisé que les sociétés retardataires puissent déposer un dossier auprès du greffe compétent en vue de leur immatriculation. En revanche, elle contraste notablement avec celle de la cour d'appel de Paris (11) qui, s'appuyant sur l'article 44 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, publiée le 16 mai 2001, (12) a confirmé l'ordonnance déferée écartant la demande d'immatriculation présentée après l'expiration du délai imparti par la loi.

En dépit de cette décision de justice discordante, nul doute que la survenance de l'échéance n'a pas entraîné la dissolution des sociétés civiles constituées avant le 1er juillet 1978, date d'entrée en vigueur de la loi du 4 janvier 1978, mais non immatriculées et ne les a pas privées de la possibilité de solliciter leur inscription au RCS. Le fait de n'avoir pas déféré à l'injonction leur a faire perdre la personnalité morale et les a soumis au régime des sociétés en participation.

Contrairement aux termes utilisés dans l'arrêt rapporté, cette mutation ne saurait être considérée comme une "transformation" au sens strict du terme impliquant le respect d'une procédure et une modification des statuts dans les conditions requises pour rectifier le pacte social, mais comme une dégénérescence en société en participation de la société civile non immatriculée. En effet, si en vertu de l'article 1844-3 du Code civil (N° Lexbase : L2023ABK), la transformation n'emporte pas création d'une personne morale nouvelle et assiste donc au maintien de la personne morale existante, la dégénérescence traduit au contraire la perte de la personnalité juridique.

En dépit de l'impropriété de l'expression relevée, c'est bien le sens de l'actuel arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 4 mai 2016 qui rejette le pourvoi formé contre la décision de la cour d'appel de Nouméa rendu le 18 août 2014. De SCI, société institution personne morale, le groupement est devenu société en participation, société contrat, la disposition de l'article 44 de la loi du 15 mai 2001 ayant été rendue applicable au territoire de la Nouvelle-Calédonie par l'article 12 de l'ordonnance du 19 août 2004 publiée le 21 août 2004.

## II — La dissolution de la société en participation postérieurement à la dégénérescence de la SCI

Si les sociétés qui n'ont pas déféré à l'injonction de s'immatriculer à la date requise n'ont pas été dissoutes au point d'être traitées comme des sociétés en participation, échappent-elles pour autant à la dissolution? A cette interrogation, la Cour régulatrice répond en l'espèce par la négative, eu égard au contexte du litige.

Etant issue d'une société civile, la société en participation dégénérée revêt un caractère civil par son objet; à tous points de vue, elle obéit donc aux règles de la société civile (13).

S'agissant de la dissolution, outre les causes communes de dissolution et celles propres aux sociétés civiles, la société en participation répond à des circonstances spécifiques. Effectivement, tandis que les sociétés civiles ou commerciales immatriculées correspondent à une personne morale à laquelle est affecté le bien apporté et qui se trouve investie de la capacité juridique d'agir au nom et dans l'intérêt de la collectivité, la société en participation correspond à un contrat au sens de l'article 1832 du Code civil (N° Lexbase : L2001ABQ) par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun en vue de...

Conformément au droit commun des contrats, elle est conclue pour une durée déterminée librement fixée par les associés ou à durée indéterminée, tandis que la durée d'une société investie de la personnalité juridique doit être précise, avec un maximum de 99 ans. Soit que la société en participation est à durée déterminée, elle prend alors fin à l'arrivée du terme, sauf reconduction pour une durée déterminée ou indéterminée, ou rupture avant échéance unanimement consentie. Soit qu'elle est à durée indéterminée, sa dissolution résulte alors d'une simple notification adressée par l'un des associés à tous les autres, sous réserve d'être de bonne foi et "*non faite à contretemps*", selon l'article 1872-2, alinéa 1er, du Code civil (N° Lexbase : L2073ABE) (14)

Qu'en est-il dans l'espèce rapportée ? Le couple demandeur au pourvoi prétend que la durée de la société civile, fixée initialement à 50 ans, n'a pas été modifiée par la mutation de celle-ci en société en participation. Par conséquent, la cour d'appel a porté atteinte à l'article 1872-2 du Code civil en conférant au créancier le droit de demander la dissolution de la SCI et en admettant que s'était substituée à cette société à durée déterminée une société en participation à durée indéterminée, faute d'un pacte social régissant postérieurement les relations entre les associés de la société sous cette forme.

Il n'en est rien en réalité. La Cour de cassation, rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Nouméa, considère que la société en participation née de la dégénérescence de la SCI n'est pas à durée déterminée. Dès lors que cette société n'a pas été organisée par un pacte conforme à celui d'une participation à durée déterminée, elle n'a pu qu'être à durée indéterminée ; d'où la reconnaissance à bon escient par les juges d'appel du droit du créancier de demander la dissolution de la société, l'ouverture des opérations de comptes, liquidation et partage de l'indivision et la licitation de l'immeuble indivis.

Doit-on s'étonner que ce créancier puisse agir en dissolution dans la mesure où l'article 1872-2, alinéa 1er, ne confère une telle prérogative qu'à un associé ? Point du tout. Cette situation s'explique par la possibilité reconnue à tout créancier, en cas de défaillance de son débiteur, d'exercer sur le fondement de l'action oblique de l'article 1166 du Code civil, les droits et actions de ce dernier, excepté ceux exclusivement attachés à sa personne. Cela justifie qu'en l'espèce la juridiction du droit confirme la décision de la juridiction de seconde instance en ce qu'elle a admis la recevabilité de l'action oblique, ordonné la licitation du bien indivis, après avoir implicitement mais nécessairement considéré que le bien n'était pas facilement partageable en nature, et rejeté la demande d'attribution préférentielle présentée par l'épouse, du fait que celle-ci n'indiquait absolument pas les modalités de la soulte dont elle était redevable.

(1) C. com., art. L. 123-7 (N° Lexbase : L5565AIX).

(2) Loi n° 78-9 du 4 janvier 1978, art. 4, al. 4 (N° Lexbase : L1471AIC).

(3) Rapport AN n° 2327, p. 97.

(4) A. Viandier, *Sociétés et loi NRE*, éd. F. Lefebvre 2001, n° 510 ; G. Daublon et E. Frémeaux, *Les nouvelles régulations économiques : dispositions intéressant le Notariat*, Defrénois, 2001, p. 817, n° 21 ; B. Saintourens, *Les réformes du droit des sociétés par la loi NRE*, Defrénois, 2001, p. 1475, n° 18 (plus hésitant).

(5) G. Baranger, *Immatriculation des sociétés civiles anciennes : l'échéance*, Defrénois, 2002, p. 1226, n° 3.

(6) F. Deboissy et G. Wicker, *Conséquences juridiques et fiscales du défaut d'immatriculation des sociétés civiles anciennes au 1er novembre 2002*, JCP éd. G, 2002, n° 40, 1548, n° 6.

(7) QE n° 1074 de Mme Lévy Geneviève, JOANQ 29 juillet 2002 p. 2744, min. just., réponse publ. 21 octobre 2002 p. 3759, 12ème législature (N° Lexbase : L9728BAK) ; Bull. Joly Sociétés, 2002, p. 1258, § 265 ; JCP éd. N, 2002, n° 46, 1622. Cf. également, QE n° 14 677 de Mme Bourragué Chantal, JOANQ 24 mars 2003 p. 2141, min. éco., réponse publ. 30 juin 2003 p. 5176, 12e législature (N° Lexbase : L8851HIN) et QE n° 16 044 de M. Marleix Alain, JOANQ 7 avril 2003 p. 2616, min. éco., réponse publ. 30 juin 2003 p. 5176, 12e législature (N° Lexbase : L6778BHI).

(8) CA Dijon, 4 mars 2003, n° 02/01 991 (N° Lexbase : A9442C89), JCP éd. E, 2003, n° 20, 740 ; Dr. sociétés, n° 126, obs. F. — X. Lucas, société coopérative et CA Dijon, 18 mars 2003, n° 03/00 061 (N° Lexbase : A9441C88),

JCP éd. E, 2003, n° 20, 739, SCI ; v. aussi, CA Aix-en— Provence, 28 octobre 2003, n° 03/02 343 (N° Lexbase : [A6270DDL](#)), LPA, 3 août 2004, n° 154, p. 13, note G. Baldino.

(9) QE n° 9579 de M. Philip Christian, JOANQ 23 décembre 2002 p. 5117, min. just., réponse publ. 3 mars 2003 p. 1644, 12ème législature (N° Lexbase : [L3875GU3](#)) JCP éd. E, 2003, Pan. 475 ; JCP éd. N, 2003, n° 15-16, en bref, 97 ; D., 2003, p. 749.

(10) Circ. min., n° CIV 2002-12 D1, du 26 décembre 2002, relative à l'immatriculation des sociétés créées avant 1978 et des sociétés par actions simplifiées (N° Lexbase : [L1591GUH](#)), JCP éd. E, 2003, 632 ; JCP éd. N, 2003, n° 9, en bref, 55.

(11) CA Paris, 3ème ch., sect. C, 13 mai 2003, n° 2003/00 964 (N° Lexbase : [A5580DH7](#)), Bull. Joly Sociétés, 2003, p. 1067, note J. — P. Garçon.

(12) *"Le quatrième alinéa de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du Code civil est abrogé le premier jour du dix-huitième mois suivant la publication de la présente loi. Les sociétés procèdent, avant cette date, à leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés".*

(13) C. civ., art. 1871-1 (N° Lexbase : [L2070ABB](#)).

(14) Cass. com., 15 février 1994, n° 92-13.325, publié (N° Lexbase : [A6883ABK](#)), Bull. civ. IV, n° 65 ; RJDA 5/1994, n° 542.