

Magazine d'actualités juridiques

Produit par la Faculté de Droit Virtuelle de l'Université Jean Moulin - Lyon 3
Sous la direction du Professeur Hervé Croze et de Mme Céline Wrazen, Docteur en droit de l'Université Jean Moulin Lyon 3

Mars 2013

Auteurs :

Stéphanie ARIAGNO-PRACCA
Shérif ELATAFY
Delphine GIBAUD-CROSET
Mehtap KAYGUSUZ
Camille KUREK
Patrick LAVALLEE
Pierre-Alexandre LEY
Aurélien ROCHER
Fanélie THIBAUD
Céline WRAZEN

Table des matières

Torture dans le monde : un constat accablant.....	p. 2
Rapport ACAT 2013 - Un monde tortionnaire.....	p. 2
I - Actualités jurisprudentielles.....	p. 4
Profil juridique incertain du mur : de " peer en peer ".....	p. 4
Le non respect du délai de prévenance n'entraîne pas requalification de la rupture du contrat de travail en licenciement pendant la période d'essai.....	p. 6
La suprématie des conventions collectives sur le droit du travail.....	p. 6
Le Juge-Commissaire fait preuve d'excès de pouvoir, en matière de réalisation de l'actif du débiteur en liquidation judiciaire, lorsqu'il statue sans que ce dernier ait été entendu ou dûment appelé.....	p. 7
Une créance est régulièrement déclarée malgré un changement de nature de procédure collective.....	p. 8
La scolarisation des enfants de moins de trois ans, une simple possibilité.....	p. 10
II - Actualités législatives.....	p. 12
Le crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi en consultation.....	p. 12
La circulaire relative à la gestation pour autrui, pour une existence juridique des enfants nés de mères porteuses.....	p. 13
Le rapport de la Commission européenne sur les progrès réalisés par la Roumanie.....	p. 14
L'entrée en vigueur du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.....	p. 15

Torture dans le monde : un constat accablant

Rapport ACAT 2013 - Un monde tortionnaire

<http://www.acatfrance.fr/rapports.php>

« Nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants » ; l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 vient d'encaisser un nouveau choc à l'occasion de la sortie officielle du rapport annuel de l'ACAT-France (Action des chrétiens pour l'abolition de la torture) le 23 janvier 2013.

Depuis 2010, 64 pays ont été examinés et le constat est assez alarmant puisqu'il s'avère qu'un pays sur deux pratique encore la torture, parfois de façon systématique. Un premier rapport rendu en 2010 allait déjà en ce sens, et malheureusement rien n'a changé en trois ans. Cette année, le rapport de l'ACAT se focalise essentiellement sur l'Afrique Subsaharienne, les Amériques, l'Europe et le Moyen Orient. L'Afrique du Sud, l'Argentine, l'Australie, l'Italie et la Slovaquie attireront davantage l'attention de l'ACAT, qui ira jusqu'à affirmer que « la torture est une pratique routinière ».

L'article 1-1 de la Convention contre la torture et autres peines, traitement cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 définit la torture comme « tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. »

Extrêmement large, cette définition a donc le mérite de pouvoir condamner de nombreux actes sous la qualification de torture. En revanche, celle-ci prenant des formes très variées, l'ACAT constate qu'il est malheureusement très difficile de savoir si elle augmente ou pas. La torture est en effet représentée de diverses façons : « les coups de poing, de pied, de matraques, de câbles électriques..., assésés avec la plus extrême violence sur toutes les parties du corps ; les suspensions ou le maintien, des heures durant, dans des positions insupportables ; les viols, infligés aux hommes comme aux femmes, aux enfants parfois ; l'électricité ; l'eau ; les cigarettes ; les drogues : les bourreaux savent tout utiliser pour causer le maximum de douleurs » (Rapport 2013, p. 14).

Mais qui sont les victimes ? Le rapport dénote nombre de points communs entre elles, quel que soit le pays étudié. « Avant je pensais que les gens qui se faisaient torturer le méritaient parce que c'étaient des criminels. Mais en fait, la torture concerne tout le monde » dira un Egyptien copte, torturé pour avoir entretenu une relation avec une musulmane. Ce sont des détenus, des minorités, des étrangers en situation irrégulière, des opposants... Ce sont des personnes vulnérables mais ce sont aussi ceux qui les protègent : « En 2012, les défenseurs des droits de l'Homme ont payé de leur vie leur engagement en faveur de la promotion des libertés en Asie. En septembre, le journaliste cambodgien Heng Serei Oudom a été assassiné, après avoir publié un article incriminant un officier de l'armée dans un trafic de bois. Aux Philippines, plusieurs militants en faveur des droits de l'Homme ont été tués au cours de l'année. D'autres ont été torturés afin de les dissuader de poursuivre leur travail. Des journalistes indiens ont été passés à tabac et soumis à des sévices par la police à l'automne... » (Rapport 2013, p. 110). Cet extrait, incomplet, ne concerne que l'Asie... C'est dire si la liste est longue.

Mais s'il y a une identité de victimes, il y a aussi une identité de bourreaux et de méthodes. Le rapport étudié laisse apparaître qu'ils sont généralement issus de corps armés, des forces de l'ordre, des personnels de prison mais aussi d'organisations non étatiques comme des mouvements paramilitaires, des milices communautaires ou religieuses ou des groupes d'opposition armés. Par ailleurs, les bourreaux sont très bien formés puisque des écoles sont dédiées à leur apprentissage. Nous ne citerons qu'une des plus célèbres, à savoir la SOA (School of the Americas), fondée en 1946 et rebaptisée depuis en raison de sa mauvaise réputation (Institut de l'hémisphère occidental pour la coopération en matière de sécurité depuis 2001). Le nom a eu beau changer, les pratiques restent les mêmes. Plus de 59 000 militaires, civils et policiers y ont été formés depuis son ouverture, dans le cadre d'une véritable école dispensant des formations pratiques comme théoriques. Le programme principal est la contre insurrection, avec des cours de tireurs d'élite, pose de mines, techniques d'interrogatoire, de guerre psychologique à utiliser contre les insurgés... « En important des méthodes de torture utilisées dans le cadre du « Programme Phoenix » au Vietnam – y compris la simulation de noyade ou waterboarding,

les chocs électriques, l'assassinat, l'enlèvement et l'exécution sommaire -, les Etats-Unis [... font ainsi] venir des manuels expliquant comment utiliser la torture pour neutraliser ses ennemis » (Rapport 2013, p. 245).

Qu'en est-il des pays étudiés ? Certains d'entre eux font malheureusement état d'une torture institutionnalisée (à ce sujet ce sont essentiellement les pays dictatoriaux de l'Afrique Subsaharienne, la Biélorussie et l'Arabie Saoudite qui sont visés), soit par des textes instituant clairement la pratique de la torture, soit en encourageant l'impunité des bourreaux faute de sanction. En revanche, certains auteurs soulignent à juste titre que la différence entre tous ces pays tortionnaires, dont nous ne pourrions pas détailler toutes les pratiques, se situe dans la volonté de faire cesser ces dernières (G. Mabanga, " Torture : un monde tortionnaire plus que jamais d'actualité ", in Lettres du CREDOF, 6 février 2013). L'Afrique du Sud est par exemple l'un des pays pointés du doigt par l'ACAT en raison de la violence de ses pratiques, mais elle fait état de l'indépendance de l'administration de sa justice. Sa volonté de faire cesser ces traitements est alors à prendre en compte. Et à l'inverse, si certains Etats institutionnalisent la torture, d'autres disposent au contraire de textes visant à l'interdire, même si leur mise en œuvre n'est pas toujours aisée.

En résumé, nous rejoignons l'auteur précité lorsqu'il souligne que ce rapport a le mérite de dévoiler « les mille visages de la torture », les similitudes entre les Etats, et le phénomène tortionnaire dans sa globalité, notamment grâce aux témoignages des victimes comme des bourreaux. Il nous est malheureusement impossible de le résumer entièrement, mais nous ne pouvons qu'encourager le lecteur à s'y plonger tant il est instructif.

Camille KUREK

Chargée d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3

I - Actualités jurisprudentielles

Profil juridique incertain du mur : de " peer en peer "

Reims, 24 octobre 2012, n° 11/01249

Que reste-t-il de la vie privée, ou plus exactement, que reste-t-il de la sphère privée dans ce monde toujours plus « globosphérisé » ? Que reste-t-il du secret inhérent à l'intimité dans une société où tout laisse à penser que la reconnaissance sociale passe par la transparence excessive, par la divulgation d'informations et de sentiments personnels, galvanisée par une curiosité proche du voyeurisme généralisé ?

La liberté d'expression, droit fondamental à son paroxysme, est à ce point sur-utilisée qu'elle vient se heurter plus que jamais aux droits de l'autre, aux libertés des autres, tout aussi fondamentales. La problématique ainsi posée ne semble pas nouvelle... Toutefois, elle s'est muée et s'est renouvelée grâce ou à cause de l'explosion des nouvelles technologies, en premier lieu Internet, et de ce qu'il est convenu d'appeler les réseaux sociaux (expression probante de la fausse idée selon laquelle l'existence humaine n'est effective que lorsqu'elle est corroborée par l'existence virtuelle). La raison en est toute simple : l'enjeu aussi considérable que minimisé jusqu'à récemment, éclipsé par les capacités et les avantages que l'Internet permet. Mais le danger du virtuel est bien réel dans ce que certains appellent « l'Alcatraz numérique » (FANTI S., Alcatraz numérique, éditions Xénia, 2009).

Dès lors, d'innombrables questionnements apparaissent eu égard au droit des personnes, au premier rang desquels la réification, l'individu devenant, par le canal de l'utilisation vénale des traces de connexion, d'achats en ligne, un stock d'informations exploitables à des fins commerciales.

Par ailleurs, des problématiques d'application de loi pénale dans l'espace voient le jour car « aucune frontière ne (le) délimite, (...) aucun fleuve ne (le) borne, aucun pouvoir ne (le) règlemente » (YAGIL L., Internet et les droits de la personne, éditions du CERF, Paris, 2006). Ce fut le cas par exemple en matière pénale quant à la compétence juridictionnelle pour une célèbre affaire mêlant un président étranger en exercice et des propos qu'il a tenus lors d'une conférence de presse - propos menaçants proférés à l'encontre d'un français et diffusés sur Internet. Par un arrêt du 8 décembre 2009, la chambre criminelle de la Cour de cassation est revenue sur sa précédente interprétation contra legem du texte incriminant les menaces de mort (article 222-17 du Code pénal) instituant la réception de la menace comme élément constitutif de l'infraction en retenant une interprétation littérale dictée par des considérations d'abord diplomatiques, ensuite pragmatiques. Admettre la théorie de la réception en cette espèce, et plus largement dans le cas des délits qui peuvent être commis par le canal de leur diffusion sur Internet, reviendrait, pour les internautes à tenter de se conformer à tous les droits du monde, ce qui paraît difficilement réalisable, malgré la tendance à l'uniformisation, notamment des droits pénaux. De plus, à considérer que ces délits pourraient être commis sur le territoire de chaque pays où une personne en a eu connaissance, ce qui, par définition, rend une multitude de pays potentiellement compétents, multiplie les éventualités de conflits positifs de compétence. Cette solution est donc finaliste, et a certainement pris en compte les résultats éventuels de la solution inverse.

Quant à l'application du droit substantiel français, le site Facebook avait déjà été mis à l'index pour sa politique d'utilisation des données personnelles des internautes, car, en droit français, la clause contractuelle accordant à un site internet le droit d'user de manière perpétuelle du contenu déposé par l'internaute serait nulle. Toutefois, la personne qui ouvre un compte Facebook contracte avec l'entreprise du même nom en se soumettant aux lois du Delaware... Quid alors de la compétence de la loi française ? Il est permis de penser que les notions de lois de police et d'ordre public viendraient obvier à l'incompétence. Cependant, il n'en reste pas moins que les conditions générales prévoient une clause d'arbitrage pour les « consommateurs » ainsi qu'une clause attributive de juridiction au profit des tribunaux californiens. Il semble dès lors que la volition de tout un chacun est sans nul doute dépassée par la généralisation de cette pratique...

Toutefois, au-delà de ces problématiques juridiques engendrées par l'extranéité sous-jacente à l'Internet, se joue la tectonique des droits face à des comportements devenus quotidiens et dont l'épicentre en l'occurrence est le site Facebook.

Dans l'espèce considérée ayant donné lieu à l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Reims le 24 octobre 2012, un apprenti avait saisi le Conseil de Prud'Hommes aux fins de prise d'acte de la rupture de son contrat d'apprentissage aux torts exclusifs de son employeur et de paiement du solde de jours impayés et d'indemnités. La décision de première instance a fait droit aux demandes de ce dernier, hors le cas d'indemnités en sus fondées sur un préjudice moral subséquent. L'employeur,

ayant relevé appel, faisait grief au jugement d'avoir ainsi statué, puisqu'il ne pouvait y avoir prise d'acte de la rupture à ses torts exclusifs car le jeune apprenti avait fait état sur le site Facebook de sa volonté de quitter le salon de coiffure dans lequel il était employé ainsi que le fait que les arrêts de travail subséquents aux avertissements dont il avait fait l'objet étaient programmés. Par ailleurs, l'employeur demande incidemment des dommages et intérêts pour propos vexatoires et insultants tenus à son égard et à l'égard de son commerce. Le nœud gordien de l'affaire était donc lié au caractère public ou privé des propos que l'apprenti avait tenus sur Facebook, puisque ce dernier se prévalait de la protection liée au caractère privé des correspondances.

En effet, pour mémoire, l'article 9 du Code civil dispose que « chacun a droit au respect de sa vie privée ». Or, faute de définition légale de cette notion, c'est à la jurisprudence et à la doctrine qu'est revenue la tâche de la circonscrire. Il est désormais convenu que la vie privée recouvre la vie sentimentale, sexuelle, le domicile, la couleur politique, les convictions religieuses et l'état de santé de chaque personne. Il en résulte que les correspondances sont protégées. La loi du 10 juillet 1991 prévoit en effet que « le secret des correspondances émises par la voie des télécommunications est garanti par la loi », la protection a alors été étendue par la jurisprudence Nikon du 2 octobre 2001 aux courriers électroniques. Or, il a fallu adapter l'application de l'article 9 aux immixtions illicites dans la vie privée, dont le consentement est la pierre angulaire, puisque la seule constatation par le juge d'une atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation. C'est ainsi que, sur Facebook, lorsque des éléments sont inscrits en « statut sur le mur », ces propos relèvent-ils du caractère public ou privé, de sorte qu'ils pourraient ou non constituer des injures susceptibles de réparation, voire de répression ? Les décisions prises jusqu'alors sont loin d'être limpides à ce sujet, voire antagonistes. En effet, certaines juridictions ont considéré que Facebook « (devait) être nécessairement considéré, au regard de sa finalité et de son organisation, comme un espace public » (Tr. Corr. Besançon, 15 novembre 2011).

Dès lors, le mur Facebook est considéré comme une « agora virtuelle », et subséquemment exclusive de toute idée de discussion privée, selon certaines décisions, hors le cas de l'utilisation de la messagerie privée selon un arrêt rendu par la Cour d'appel de Reims en sa chambre sociale le 9 juin 2010. Toutefois, la question se pose quant à la qualification à retenir en cas de restriction d'accès au mur aux seuls amis ou aux amis des amis, le Conseil de Prud'Hommes de Boulogne-Billancourt ayant considéré le 26 novembre 2010 que cette limitation était insuffisante pour exciper de la protection des correspondances privées. La chambre criminelle de la Cour de cassation a implicitement statué, dans un arrêt du 30 octobre 2012, dans le même sens, puisque (au-delà du rejet du pourvoi fondé sur des considérations procédurales particulières liées à la plainte avec constitution de partie civile en matière de presse rappelant la nécessité d'articuler avec précision les faits, exclusivement de la seule référence à trois incriminations et de la production de quatre pages de discussion, dessins et photos diffusés sur Facebook), les qualifications en cause dans cette affaire étaient, entre autres, les délits de diffamations et d'injures publiques envers des dépositaires de l'autorité publique, ce qui implique le postulat originel du caractère public des comportements litigieux, élément constitutif de l'infraction, au regard de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881.

Inversement, la chambre mixte de la Cour de cassation a pu considérer le 18 mai 2007 qu'il s'agissait de correspondance privée, et, par là protégée, à l'aune notamment du droit du travail, laquelle prime sur le droit disciplinaire. La Cour d'appel de Rouen a postulé dans un arrêt du 15 novembre 2011, rendu en chambre sociale, qu'« il ne peut être affirmé de manière absolue que la jurisprudence actuelle nie à Facebook le caractère d'espace privé ».

La Cour de cassation ne jouant dès lors pas le rôle de régulateur qui lui échet, la Cour d'appel de Reims pouvait opter pour l'une ou l'autre des positions... Il n'en est rien, elle préfère juguler à l'épineuse question en résolvant le problème de fond sans en régler le préalable, en estimant que l'apprenti qui a tenu des propos vexatoires et insultants sur Facebook ne peut dès lors arguer d'une prise d'acte de la rupture aux torts exclusifs de l'autre partie, et doit par ailleurs verser à son employeur des dommages et intérêts. Mutisme dommageable quant à la sécurité juridique...

Ce problème peut être étendu à d'autres : l'autorisation donnée à la publication d'une photo par exemple implique-t-elle un consentement quant à sa transmission au-delà ? La réponse est sans doute négative, il faudrait dès lors prévoir un renforcement de l'appréciation du consentement lorsqu'il a cours sur Internet, ce que l'article 9 du Code civil ne permet pas pour l'instant... Il serait peut-être temps, dans ce monde virtuel où tout est hors de l'espace et du temps de lever le voile juridique sur la toile...

Delphine GIBAUD-CROSET

ATER en droit privé à l'Université Jean Mouin Lyon 3

Le non respect du délai de prévenance n'entraîne pas requalification de la rupture du contrat de travail en licenciement pendant la période d'essai

[Cass. soc., 23 janvier 2013, n° 11-23.428](#)

Par un arrêt n° 11-23.428 du 23 janvier 2013, la chambre sociale de la Cour de cassation a tranché la difficulté juridique liée au non respect du délai de prévenance lorsque l'employeur met fin au contrat de travail au cours de la période d'essai.

Le problème réside dans l'analyse des conséquences juridiques résultant du non respect du délai de prévenance. Dans une telle éventualité, on peut se demander si la rupture de la période d'essai peut être considérée comme un licenciement. Autrement dit, le non respect du délai de prévenance rend-il le contrat de travail définitif, dont la rupture impliquerait ainsi un licenciement ?

Il convient de rappeler que, généralement, la rupture de la période d'essai est plus simple que celle du contrat de travail puisque l'employeur bénéficie du principe de libre résiliation unilatérale. A cet égard, on peut se demander si la prorogation de la période d'essai résulte du manquement à l'obligation de respecter le délai de prévenance. En cas de réponse négative, ce manquement peut-il rendre le contrat de travail définitif ?

La Cour de cassation répond aux questions précitées, sachant que dans un contrat de travail définitif, l'employeur est dépourvu de la faculté d'une libre résiliation unilatérale. En l'espèce, le demandeur au pourvoi prétendait que le contrat de travail était devenu définitif. Pour cela, il s'appuie sur les dispositions de l'article L. 1221--25 du Code du travail, qui prévoit que la période d'essai ne peut être prolongée du fait de la durée du délai de prévenance, pour déduire, que le contrat de travail est devenu définitif faute de ne pas respecter le délai de prévenance. Par conséquent, il estime que la rupture de la période d'essai doit s'analyser comme un licenciement de droit commun.

La Cour de cassation, quant à elle, considère la date de rupture comme le critère pour déterminer si le contrat de travail, au cours de la période d'essai, s'est transformé en contrat de travail définitif, peu importe si la période de prévenance a été respectée ou non. Autrement dit, tant que la rupture du contrat a lieu avant l'échéance du terme de la période d'essai, elle n'est pas considérée comme un licenciement, peu importe si le délai de prévenance est bien respecté ou non.

Ainsi, le non respect de la période de prévenance n'entraîne pas d'incidence sur la qualification du contrat de travail. Le « non-respect par l'employeur du délai de prévenance n'a pas pour effet de rendre le contrat définitif ». On en déduit que le législateur consacre, toujours, le principe de libre résiliation unilatérale qui est un caractère indispensable de la période d'essai.

Un tel délai n'emporte nullement un contrôle du motif de la rupture ni sa procéduralisation, mais cette obligation, dont la violation entraîne des dommages et intérêts, a tout bonnement pour objet d'éviter la radicalité de la rupture en diminuant la pratique de renvoi immédiat (M. Sweeney, " Variations sur la période d'essai ", RDT 2008, 517).

Sherif ELATAFY

Doctorant à l'Université Jean Moulin Lyon 3

La suprématie des conventions collectives sur le droit du travail

[Cass. soc., 9 janvier 2013, n° 11-25.646](#)

L'arrêt n° 11-25.646 de la chambre sociale de la Cour de cassation réaffirme la suprématie d'une convention collective sur le droit du travail.

En l'espèce, un employé d'une association avait été licencié pour un motif disciplinaire. L'employeur fit alors grief à l'arrêt de la Cour d'appel de déclarer le licenciement sans cause réelle et sérieuse au motif qu'il n'aurait pas respecté les dispositions conventionnelles lors de la notification de l'entretien préalable.

Pour expliquer la décision de la Cour d'appel, il convient de préciser ces obligations conventionnelles. L'article 34 de la convention collective nationale du travail du personnel des institutions de retraites complémentaires du 9 décembre 1993 dispose en ses alinéas 4 et 5 « que le motif de la mesure disciplinaire envisagée par la direction doit être notifié par écrit à l'intéressé avant que la mesure entre en application » et que « tout agent doit être entendu par la direction avant une mesure disciplinaire pour obtenir la justification du motif invoqué et faire valoir ses explications ».

Le Code du travail n'impose pas à l'employeur la notification des motifs du licenciement avant l'entretien préalable. Il est tenu d'informer le salarié qu'il envisage un licenciement à son égard et ceci sans faire référence aux faits qui lui sont reprochés. Après l'entretien, lors de la notification du licenciement, l'employeur est tenu d'indiquer le motif de la rupture du contrat de travail.

La question essentielle était de savoir si l'absence du motif de la mesure disciplinaire envisagée impliquait un licenciement sans cause réelle et sérieuse, ou bien si le licenciement était irrégulier.

Les juges du quai de l'horloge ont estimé, en l'espèce, que les termes conventionnels imposaient à l'employeur de notifier les motifs de l'éventuelle sanction et ceci avant l'entretien préalable au licenciement. Ensuite, que le licenciement qui ne respecte pas cette disposition conventionnelle est un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Cette position jurisprudentielle est satisfaisante sur deux points.

Le premier est relatif à la suprématie des conventions collectives sur le droit du travail. La Cour de cassation va dans le sens d'un arrêt rendu précédemment par sa chambre sociale le 14 octobre 1997 (Bull. n° 310) : « Le licenciement prononcé pour un motif autre que ceux conventionnellement prévus est dépourvu de cause réelle et sérieuse ». On peut en déduire que le non respect d'une obligation conventionnelle dans une procédure de licenciement a les mêmes effets. Dans une autre affaire, la même juridiction a retenu que « La consultation d'un organisme chargé, en vertu d'une disposition conventionnelle ou du règlement intérieur d'une entreprise de donner un avis sur la mesure disciplinaire envisagée par l'employeur, constitue pour le salarié une garantie de fond. L'inobservation de cette procédure rend le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse ».

Le second point est le choix de la sanction à l'égard de l'employeur qui ne respecte pas une disposition conventionnelle qui encadre le pouvoir disciplinaire. La Cour de cassation décide que le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse. Cette décision est justifiée par la nature protectrice des dispositions conventionnelles favorables à la défense sur le fond. En effet, un licenciement irrégulier ne serait pas suffisamment protecteur et l'employeur recommencerait une nouvelle procédure en respectant les obligations conventionnelles.

On peut toutefois déplorer, concernant le Code du travail, que l'employeur ne soit pas tenu de préciser, dans la convocation, le motif de la sanction envisagée, ce qui pourrait parfois être utile au salarié pour préparer sa défense. Néanmoins, gardons à l'esprit, en guise de conclusion, cette phrase d'Antoine MAZEAUD : « La convention collective est le vent salutaire qui ploie le roseau ».

Patrick LAVALLEE

Doctorant à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Le Juge-Commissaire fait preuve d'excès de pouvoir, en matière de réalisation de l'actif du débiteur en liquidation judiciaire, lorsqu'il statue sans que ce dernier ait été entendu ou dûment appelé

[Cass. com., 8 janvier 2013, n° 11-26.059](#)

Dans le cadre de la réalisation des actifs par le liquidateur judiciaire, ce dernier doit solliciter l'autorisation du Juge-Commissaire. Le débiteur doit alors être appelé ou entendu par le Juge-Commissaire sur le sort de ses biens, permettant le respect du principe du contradictoire eu égard à l'atteinte portée à l'encontre du droit de propriété du débiteur.

Si la procédure n'est pas respectée, le débiteur a la possibilité de contester la décision du Juge-Commissaire dans un délai de 10 jours à compter de la notification de l'ordonnance par le greffe.

En l'espèce, le débiteur a fait l'objet d'une procédure ouverte le 17 novembre 2006. Le liquidateur judiciaire a sollicité du Juge-Commissaire l'autorisation de vendre le bien immobilier du débiteur qui constituait un bien indivis de ce dernier et de son conjoint.

Pour ce faire, il s'avère que le débiteur n'est ni appelé ni entendu. Pourtant, le Juge-Commissaire autorise la vente aux enchères publiques du bien indivis. Au regard de la violation des droits du débiteur, ce dernier a formé une opposition de cette décision devant le Tribunal de commerce. Alors que le Juge-Commissaire n'a pas respecté la procédure, le tribunal a rejeté le recours du débiteur et confirmé en conséquence la décision du Juge-Commissaire.

Devant le Tribunal de commerce, le débiteur n'avait pas soulevé cette nullité mais avait fait valoir une argumentation au fond. Le débiteur a interjeté appel de cette décision. La Cour d'appel de Douai, dans un arrêt rendu le 15 février 2011, a déclaré l'appel-nullité du débiteur irrecevable en ce que la nullité de l'ordonnance n'avait pas été soulevée devant le tribunal et que le débiteur avait pu faire valoir une argumentation au fond. Dès lors, le principe du contradictoire avait pu être respecté dans la procédure, même si le débiteur n'avait été ni appelé ni entendu par le Juge-Commissaire.

Le débiteur s'est alors pourvu en cassation.

Le problème juridique soulevé était de savoir si une procédure de réalisation des actifs du débiteur dans le cadre d'une liquidation judiciaire était régulière alors que le débiteur n'a pas été appelé ou entendu par le Juge-Commissaire, mais qu'il n'a pas soulevé cette nullité et qu'il a pu valablement faire valoir une argumentation au fond devant le tribunal saisi d'un recours contre l'ordonnance entachée de nullité ?

La chambre commerciale de la Cour de cassation, dans cet arrêt du 8 janvier 2013 (n° 11-26.059), a considéré que la procédure était irrégulière malgré l'instance devant le tribunal au cours de laquelle le débiteur n'avait pas soulevé la nullité de l'ordonnance et avait pu faire valoir une argumentation au fond permettant le respect du contradictoire dans la mesure où l'absence de respect de la procédure par le Juge-Commissaire caractérisait un excès de pouvoir consacré par le tribunal qui a méconnu son office en refusant de le sanctionner.

Cet arrêt met en exergue la nécessité de respecter dès la première audience la procédure devant le Juge-Commissaire pour la réalisation des actifs du débiteur. Ce dernier doit avoir la possibilité de faire entendre une argumentation pour contester la réalisation de ses actifs. A défaut, il aura la possibilité de former un recours pour excès de pouvoir. A noter, que pour les procédures ouvertes à compter du 15 février 2009, le recours est un appel-nullité.

Cette exigence légale s'explique en raison de l'atteinte portée au droit de propriété du débiteur qui, s'il ne peut proposer une solution alternative, se verra imposer la réalisation de ses actifs, en particulier de ses biens immobiliers telle que sa résidence principale. Et surtout, cela permet au conjoint du débiteur qui serait un propriétaire indivisaire, du fait du régime matrimonial des époux, de s'opposer valablement à cette procédure tant sur le fond que sur la forme, seule la procédure de licitation-partage pouvant s'appliquer.

Une telle décision s'inscrit dans le souci d'équilibrer tous les intérêts en présence, ceux des créanciers et ceux du débiteur en faillite.

Fanélie THIBAUD

Avocate au Barreau de Valence,
Chargée d'enseignements au sein des Facultés de droit de Valence et de Jean Moulin Lyon 3

Une créance est régulièrement déclarée malgré un changement de nature de procédure collective

[Cass. com., 22 janvier 2013, n° 11-25.310](#)

Une déclaration de créance à une procédure de liquidation judiciaire est régulièrement admise à la procédure malgré le changement de nature de la procédure par censure du jugement d'ouverture. Ce dernier n'affecte donc pas son délai de déclaration.

En l'espèce, un jugement d'ouverture de liquidation judiciaire a été rendu le 28 mai 2008. Une banque a déclaré sa créance le 3 juin 2008. Par rapport à la date du jugement d'ouverture, cette déclaration de créance est intervenue dans le délai légal. En principe, le délai pour déclarer une créance est de deux mois à partir de la publication du jugement d'ouverture de la procédure au Bodacc.

Cependant, ce jugement d'ouverture a été infirmé par un arrêt du 13 novembre 2008. Ce dernier ouvre concomitamment une procédure de redressement judiciaire. Dans ce cadre, la créance bancaire était absente de l'état des créances déposé au greffe le 11 février 2010.

En conséquence, la banque a saisi le Juge-Commissaire. Celui-ci a rendu une ordonnance le 11 septembre 2010 aux termes de laquelle il a refusé d'admettre la créance bancaire « faute » pour l'établissement d'avoir réitéré sa déclaration au passif du redressement judiciaire. Il met en avant que le mandataire judiciaire avait averti le créancier bancaire en ce sens.

La Cour d'appel de Versailles, par un arrêt du 30 juin 2011, a infirmé l'ordonnance du Juge-Commissaire et admis la créance.

Le 27 juillet 2011, le débiteur a été mis en liquidation judiciaire. Un pourvoi en cassation a été formé par le mandataire-liquidateur, ès-qualité, et par le débiteur. Les demandeurs invoquent au soutien de leur pourvoi que la procédure de redressement judiciaire est une procédure distincte de la procédure de liquidation, et par là même produit des effets différents de ceux de la liquidation. De plus, le Juge-Commissaire n'avait pas été régulièrement saisi par la déclaration du créancier bancaire dans le cadre de la liquidation judiciaire infirmée puisque les procédures de vérification et d'admission de sa créance n'avaient pas été suivies.

Devant la chambre commerciale de la Cour de cassation le 22 janvier 2013, la question est de savoir ce qu'il advient d'une créance régulièrement déclarée lorsque le jugement d'ouverture est censuré par la suite. La cour précise que la déclaration de la créance bancaire n'a été en rien affectée par l'arrêt infirmatif, et que le Juge-Commissaire était régulièrement saisi par cette déclaration.

La décision rendue le 22 janvier 2013 confirme une jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 19 mai 2004 (n° 02-15.672) et du 25 mai 1993 (n° 91-13.705). Déjà ce dernier arrêt avait retenu que « l'annulation par l'arrêt de la Cour d'appel du jugement d'ouverture de la procédure collective du débiteur principal, ne s'est pas étendue aux déclarations de créances régulièrement effectuées avant cette décision judiciaire, dès lors qu'elle a ouvert un redressement judiciaire de la même société ». La procédure de redressement judiciaire simplifiée avait été remplacée par une procédure de redressement judiciaire.

Dans l'arrêt de 2004, la cour avait jugé que « la réformation du précédent jugement, en ce qu'il avait ouvert à tort une procédure de liquidation judiciaire, n'avait pu avoir pour effet de remettre en cause le principe même de l'ouverture d'une procédure collective, ni de rendre inopérantes les déclarations de créances faites sur le fondement de ce jugement, et que, dès lors les créanciers n'avaient pas à réitérer leur déclaration ».

Désormais, cette jurisprudence est constante, confirmée à plusieurs reprises. La validité de la déclaration de créance admise au premier jugement d'ouverture perdue dans la procédure qui s'y substitue. Peu importe la nature de la première procédure collective qui est censurée. Cette position de la Cour de cassation renforce a priori l'unité dévolue à une procédure collective.

Par cette unité procédurale consolidée, un jugement d'ouverture réformé transmet certains reliquats à celui qui le remplace. Si la décision de 2013 concerne les déclarations de créances régulièrement admises dans la première procédure, il convient d'envisager la transmission des créances non déclarées.

Ainsi les créanciers antérieurs forclos par rapport au jugement d'ouverture réformé, pourraient bénéficier à présent d'un nouveau délai pour déclarer leur créance vis-à-vis du second jugement d'ouverture. Cependant, la décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendue le 21 juin 2005 (n° 04-13.892) pourrait contrarier cet « heureux effet » de l'application de la jurisprudence de 2013. En l'espèce, une créance n'avait pas été déclarée à l'admission du passif. Le plan de continuation avait été résolu et une nouvelle procédure avait été ouverte. La cour avait rejeté l'admission de la créance litigieuse au passif de la nouvelle procédure. Elle avait décidé qu'après « avoir constaté que la créance litigieuse n'avait pas été déclarée au passif des premières procédures collectives, l'arrêt retient que celle-ci s'est trouvée éteinte, de manière définitive, et ne peut être admise au passif de la seconde procédure ».

Même si la décision de 2005 a été rendue dans une espèce sensiblement différente de celle de 2013, la portée de cette unité procédurale consolidée doit être nuancée sur l'autel du principe de l'égalité des créanciers.

Pierre-Alexandre LEY

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

La scolarisation des enfants de moins de trois ans, une simple possibilité

CE, 19 déc. 2012, 4eme et 5eme sous sections réunies, req. n° 338721

" La cloche a sonné, ça signifie... Mais oui, mais oui ", l'école n'est pas obligée de commencer lorsque l'on a moins de trois ans ! Si l'école maternelle n'est pas obligatoire, les enfants peuvent y être accueillis dès l'âge de deux ans. Le Conseil d'État a toutefois rappelé, par une décision du 19 décembre 2012, Commune de Luz Saint-Sauveur, que la scolarisation des enfants de moins de trois ans n'était pas de droit, même pour des écoles maternelles situées dans une zone sociale défavorisée.

En effet, l'article L. 113-1 du Code de l'éducation réserve ce droit aux enfants qui ont atteint l'âge de trois ans. Ainsi, " Tout enfant doit pouvoir être accueilli, à l'âge de trois ans, dans une école maternelle ou une classe enfantine le plus près possible de son domicile, si sa famille en fait la demande. "

Il n'en demeure pas moins que " Les classes enfantines ou les écoles maternelles sont ouvertes, en milieu rural comme en milieu urbain, aux enfants qui n'ont pas atteint l'âge de la scolarité obligatoire. " Les enfants de moins de trois ans sont généralement accueillis sous réserve des places disponibles dans un espace bénéficiant de moyens matériels et humains ad hoc. C'est à ce titre que la commune de Luz Saint-Sauveur a contesté un arrêté de l'inspecteur d'académie qui supprimait, à compter de la rentrée scolaire 2008-2009, un poste d'enseignant de l'école maternelle alors qu'il ne tenait pas compte des enfants de moins de trois ans dans les effectifs, méconnaissant ainsi l'article précité. La Cour administrative d'appel a donc annulé ledit arrêté le 9 février 2010.

Néanmoins, le Code de l'éducation précise que cet accueil n'est qu'une possibilité, soumise à la condition de l'environnement social dans lequel se situent les écoles, un environnement social qualifié de défavorisé, qu'importe la zone en revanche. Ainsi, " l'accueil des enfants de deux ans est étendu en priorité dans les écoles situées dans un environnement social défavorisé, que ce soit dans les zones urbaines, rurales ou de montagne et dans les régions d'outre-mer " et tout particulièrement en zone d'éducation prioritaire (ZEP).

Il ne s'agit donc pas d'une généralisation du droit à l'école des enfants de moins de trois ans mais d'une priorité d'accueil de ces enfants dès lors que les classes et écoles susceptibles de les intégrer se situent dans une zone défavorisée. C'est également ce que prévoit la circulaire n° 2012-202 du 18 décembre 2012 (BOEN n° 3 du 15 janvier 2013). Elle précise que " la scolarisation d'un enfant avant ses trois ans est une chance pour lui et sa famille lorsqu'elle correspond à ses besoins et se déroule dans des conditions adaptées. Elle est la première étape de la scolarité et, pour beaucoup d'enfants, la première expérience éducative en collectivité. Il s'agit notamment d'un moyen efficace de favoriser sa réussite scolaire, en particulier lorsque, pour des raisons sociales, culturelles ou linguistiques, sa famille est éloignée de la culture scolaire. "

Cette scolarisation concerne par conséquent des enfants en bas âge, aux besoins spécifiques et " requiert une organisation des activités et du lieu de vie qui se distinguent nettement de ce qui existe dans les autres classes de l'école maternelle. " Par exemple, les horaires d'arrivée et de départ de ces enfants sont généralement assouplis afin de tenir compte de leur rythme. Cela n'est pas sans rappeler l'actuelle réforme du rythme scolaire des enfants (Décret n° 2013-77 du 24 janvier 2013 relatif à l'organisation du temps scolaire dans les écoles maternelles et élémentaires, JORF n° 22 du 26 janvier 2013 p. 1627 ; Circulaire n° 2013-017 du 6 février 2013 relative à l'organisation du temps scolaire dans le premier degré et des activités pédagogiques complémentaires, BOEN n° 6 du 7 février 2013), qui devrait théoriquement entrer en vigueur à la rentrée scolaire prochaine, soit 2013-2014, sauf report à l'année suivante selon les communes. Cette réforme vise à alléger les journées d'enseignement des élèves des écoles maternelles et élémentaires publiques. Le décret précité prévoit " la mise en place d'une semaine scolaire de 24 heures d'enseignement réparties sur 9 demi-journées afin d'alléger la journée d'enseignement. Les heures d'enseignement sont organisées les lundi, mardi, jeudi et vendredi et le mercredi matin (ou samedi matin selon les cas), à raison de cinq heures trente maximum par jour et de trois heures trente maximum par demi-journée. " Le respect du rythme des enfants semble donc être une composante importante des modalités d'accueil des jeunes au sein de structures ad hoc.

L'arrêt du Conseil d'État permet de mettre en lumière l'unilatéralité des liens juridiques qui unissent un usager au service public en général, et au service public administratif de l'enseignement en particulier. Ainsi, un élève, en tant qu'usager de ce service, bénéficie des avantages et des charges prévus par le Code de l'éducation. « Si l'administration délivre des prestations aux particuliers c'est dans la mesure où ces prestations répondent à des besoins d'intérêt général. Or les usagers n'ont que peu de prise sur la détermination de la reconnaissance de l'intérêt général qui reste le privilège de l'autorité publique » pour reprendre Jean-François BRISSON et d'Aude ROUYERE, dans leur ouvrage de Droit administratif (Montchrestien, Pages d'amphi, 2004, p. 379).

Au-delà des questions juridiques posées, il s'agit de la problématique de l'accueil des enfants de moins de trois ans dans des structures adéquates et suffisamment nombreuses (accueil collectif ou individualisé). Selon le rapport du Haut Conseil de la Famille rendu en mai 2012, les enfants de moins de trois ans seraient de moins en moins scolarisés - à ce titre, depuis les années 2000, leur taux de scolarisation a grandement diminué dans l'ensemble des académies (cf. le rapport à l'adresse internet suivante ; <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/124000223/0000.pdf>, Annexe 7, p. 32).

Peut-être justement parce que l'école ne serait pas la structure la plus adaptée pour prendre en compte les besoins particuliers des enfants âgés de moins de trois ans...

Céline WRAZEN

Docteur en droit, Université Jean Moulin Lyon 3

II - Actualités législatives

Le crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi en consultation

BOI-BIC-RICI-10-150, 5 févr. 2013

L'article 66 de la loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2012 de finances rectificative pour 2012 concrétise la première mesure prise dans le cadre du Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi du 6 novembre 2012 et met ainsi en place le crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi (CICE).

Codifié aux articles 244 quater C du Code général des impôts (CGI), 199 ter C, 220 C et 223 O du même code, ainsi qu'à l'article L. 172 G du Livre des procédures fiscales, le CICE, égal à un pourcentage de la rémunération brute et annuelle versée aux salariés dont la rémunération n'excède pas deux fois et demie le SMIC, s'impute sur l'impôt (sur le revenu (IR) ou sur les sociétés (IS)) du redevable. Cette imputation, diminuant d'autant le coût du travail, vise à permettre à l'entreprise considérée d'améliorer sa compétitivité et de favoriser des efforts « en matière d'investissement, de recherche, d'innovation, de formation, de recrutement, de prospection de nouveaux marchés, de transition écologique et énergétique et de reconstitution de leur fonds de roulement » (BOI-BIC-RICI-10-150, §1, 5 févr. 2013).

Champ d'application :

Conformément à l'article 244 quater C du CGI, seules les entreprises imposées d'après leur bénéfice réel peuvent bénéficier du crédit d'impôt. Les dépenses éligibles au CICE correspondent aux rémunérations versées par les entreprises à leurs salariés et qui répondent à la définition pour le calcul des cotisations de sécurité sociale visées à l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale (CSS), les sommes versées au titre de l'intéressement et de la participation étant exclues. Les rémunérations considérées n'excédant pas deux fois et demie le SMIC sont régulièrement déclarées aux organismes de sécurité sociale. Elles présentent le caractère de charge déductible du résultat (versées en contrepartie d'un travail effectif et non excessives) et sont exposées dans l'intérêt de l'exploitation en France.

Modalités d'application :

- Détermination du crédit d'impôt

Le crédit d'impôt est calculé annuellement, en considération des rémunérations versées au cours de l'année civile. Il ne fait l'objet d'aucun plafonnement, avec un taux fixé à 4 % des rémunérations versées en 2013 et à 6 % de celles versées au cours des années ultérieures.

- Comptabilisation du crédit d'impôt

La question de la comptabilisation du crédit d'impôt demeure incertaine et reste à déterminer par les autorités comptables, étant entendu que l'option retenue aura nécessairement des conséquences fiscales. Eu égard aux modes de comptabilisation des crédits d'impôt déjà existants, les deux alternatives semblent l'inscription comptable en déduction de l'impôt sur les sociétés (ou de l'impôt sur le revenu) ou bien l'enregistrement en tant que subvention d'exploitation.

- Utilisation du crédit d'impôt

Le crédit d'impôt ainsi calculé s'impute sur l'IR ou l'IS dû par le contribuable ou l'entreprise au titre de l'année au cours de laquelle les rémunérations ont été versées (ou, d'après la doctrine majoritaire, de la dernière année civile écoulée si l'exercice ne coïncide pas avec l'année). Cette imputation est effectuée au moment du paiement du solde de l'impôt. Diverses précisions ont également pu être données par l'Administration fiscale dans ses commentaires actuellement en consultation. Ainsi, pour les sociétés de personnes, le CICE est utilisé par leurs associés au prorata de leurs droits, s'il s'agit de redevables de l'impôt sur les sociétés ou de personnes physiques participant à l'exploitation (156 I-1° bis du CGI). En cas de fusion ou d'opération assimilée dans les trois ans de la constatation du CICE, la fraction de la créance non imputée est transférée à la société bénéficiaire. Enfin, dans le cadre du régime d'intégration fiscale visé aux articles 223 A et suivants du Code général des impôts, les CICE des sociétés intégrées sont imputées sur l'impôt dû par la société mère.

- Régime du crédit d'impôt non imputé

La fraction non imputée sur l'impôt dû au titre de l'année au cours de laquelle les rémunérations éligibles ont été versées constitue une créance sur l'Etat d'égal montant, utilisée pour le paiement de l'IR ou de l'IS dû au titre des trois années suivantes puis, le cas échéant, est remboursée à l'expiration de cette période. La créance tirée de la non imputation totale du CICE sur l'impôt dû par le redevable est inaliénable et incessible, sauf les cas de cessions « Dailly », cessions à titre d'escompte ou de garantie à un établissement de crédit sous conditions.

Enfin, certaines entreprises disposant d'un CICE non totalement imputé peuvent en demander le remboursement immédiat. Il s'agit des PME au sens communautaire ; des entreprises nouvelles sous certaines conditions s'agissant de la créance constatée au titre de l'année de création et des quatre années suivantes ; les jeunes entreprises innovantes (JEI) durant la période au cours de laquelle elles bénéficient de cette qualification ; certaines entreprises en difficulté.

Reste donc maintenant à ce nouveau dispositif coûteux (le relèvement à venir des taux de TVA est destiné à le financer) à faire ses preuves sur le front de la croissance économique et de l'emploi.

Aurélien Rocher

Elève-Avocat, Diplôme de Juriste Conseil d'Entreprise
Chargé d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3

La circulaire relative à la gestation pour autrui, pour une existence juridique des enfants nés de mères porteuses

[Circ. CIV/02/13, 25.01.2013](#)

Il est des sujets qui reviennent périodiquement sur le devant de la scène. Lorsque leurs actualités croisent d'autres sujets hautement médiatiques et donnant lieu à de longues passes d'armes politiques, le traitement de ces sujets devient vite confus et simplifié à l'extrême. L'exemple de la gestation pour autrui (GPA) est typique de ce cas de figure. Une circulaire de la Chancellerie qui paraît en même temps que le débat au Parlement sur le mariage pour tous, et de nombreuses confusions s'installent. Petit tour d'horizon de la législation française sur ce point ainsi que des problèmes soulevés au plan du droit international.

La législation française en matière de gestation pour autrui est claire. La loi de bioéthique du 29 juillet 1994, ainsi que sa version révisée de 2011, interdit catégoriquement la GPA. Cette interdiction est transcrite dans le Code pénal à l'article L. 227-12 punissant le recours à une mère porteuse de 6 mois d'emprisonnement et 7 500 € d'amende. Un article équivalent est également présent dans le Code civil – article 16-7. La révision des lois de bioéthique en 2011 n'a pas changé la donne. Au nom du principe d'indisponibilité du corps humain, la GPA est interdite en France.

Oui mais que se passe-t-il à l'étranger ? En effet, certains pays comme l'Italie, l'Allemagne ou la Suisse ont adopté une législation identique à la nôtre. En revanche, les Etats-Unis, la Belgique et les Pays-Bas par exemple autorisent le recours aux mères porteuses. De fait, certains couples français se rendent à l'étranger pour concevoir des enfants par le biais de la GPA. Dans cette hypothèse, les difficultés administratives au moment de l'inscription de l'enfant à l'état civil français sont très importantes.

La délivrance du Certificat de Nationalité Française (CNF) dépend d'une décision de justice faisant intervenir une part de subjectivité importante. De fait, selon les tribunaux, ce certificat est plus ou moins difficile à obtenir. Dans ce cas, l'enfant né à l'étranger de mère porteuse ne peut évidemment pas se voir reconnaître de liens de filiation en France avec ses parents mais il ne peut pas non plus obtenir la nationalité française. Or, à une époque où l'on parle beaucoup de l'intérêt de l'enfant, comment celui-ci peut-il être respecté lorsqu'on le prive quasiment d'existence aux yeux de la loi française ? Ne faut-il pas faire preuve d'un certain réalisme juridique devant certaines questions ?

C'est cette difficulté que la circulaire du 25 janvier 2013 supprime. Il ne s'agit pas de rendre la GPA " légale " en France. Il ne s'agit pas non plus de créer un lien de filiation mais simplement de reconnaître la nationalité française à ces enfants nés à l'étranger de mères porteuses et de parents français. Il n'y a là aucune innovation. Cette circulaire s'appuie entre autre sur le fondement légal selon lequel " un enfant est français si au moins l'un de ses parents est français ".

En demandant aux tribunaux d'accorder des CNF à ces enfants, la Chancellerie rétablit l'équilibre entre les requérants puisque certains tribunaux accordaient déjà ce document malgré l'interdiction légale. Faut-il voir dans cette circulaire une réponse à la décision de la CEDH du 12 février 2012 (Aff. Mennesson c. France, n° 65.192/11) déclarant recevable la demande d'inscription à l'état civil français de deux enfants nés à l'étranger de mère porteuse ? A leur retour en France, les parents avaient été accusés d'enlèvement d'enfants et d'adoption frauduleuse. La Cour d'appel avait jugé que « la non transcription des actes de naissance aurait des conséquences contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant ». Elle n'avait pas été suivie dans ses conclusions par la Cour de cassation. Mais pour ce type de problématique, on connaît l'importance de l'influence des juridictions internationales – notamment la CEDH.

A priori, la législation française ne devrait cependant pas évoluer sur ce point bien qu'une grande loi sur la famille soit en préparation pour 2013. Pour autant, cette circulaire va dans le sens d'une simplification de certaines situations juridiquement complexes qui vont bien au-delà de la simple délivrance d'un document administratif. Un droit réaliste et humaniste est le seul à même de répondre de façon cohérente et innovante à ces problèmes. La circulaire du 25 janvier 2013 en est le parfait exemple.

Stéphanie ARIAGNO-PRACCA

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

Le rapport de la Commission européenne sur les progrès réalisés par la Roumanie

Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les progrès réalisés par la Roumanie au titre du mécanisme de coopération et de vérification (COM(2013) 47 final, 30/01/2013)

La Roumanie fait partie de l'Union européenne depuis 2007. L'UE établissant un mécanisme de coopération et de vérification afin d'évaluer les progrès réalisés par la Roumanie et la Bulgarie dans les domaines de la réforme judiciaire et de la lutte contre la corruption (http://ec.europa.eu/cvm/index_fr.htm), a publié douze rapports sur la Roumanie (http://ec.europa.eu/cvm/progress_reports_en.htm#eleventh), dont le dernier est le sujet du présent article.

L'avant dernier rapport de la Commission daté du 18 juillet 2012 constatait que " le respect de l'État de droit et l'indépendance du système judiciaire en Roumanie soulèvent d'importantes questions " (COM (2012) 410 final, p. 2). Cette constatation a été suivie par certaines recommandations dans les domaines du respect de l'État de droit et de l'indépendance du pouvoir judiciaire, de la réforme du système judiciaire, de la responsabilisation de l'appareil judiciaire, de la cohérence et transparence du processus judiciaire, de l'efficacité de l'action judiciaire, de l'intégrité et également de la lutte contre la corruption (p. 24-27). Le rapport de 2013, quant à lui, porte sur les progrès déjà réalisés par la Roumanie depuis le rapport de juillet 2012 et également sur les progrès attendus dans les domaines de l'État de droit et de l'indépendance du pouvoir judiciaire.

Le rapport aborde les efforts faits par la Roumanie dans les domaines du respect de l'État de droit et de l'indépendance judiciaire, ainsi que les lacunes dans ces domaines. Ainsi, la Constitution roumaine, le rôle et les décisions de la Cour constitutionnelle ont été respectés, cependant l'indépendance de la justice et l'intégrité sont des matières pour lesquelles des progrès sont encore attendus (p. 2). Concernant l'indépendance de la justice, après avoir constaté que la « situation reste préoccupante », le rapport souligne les pressions exercées par les médias sur la justice (p. 3).

Quant à l'intégrité, c'est un des domaines qui laisse la Commission insatisfaite. Cette dernière affirme que " le fait de ne pas se conformer à des décisions de justice constitue aussi un manquement à l'État de droit " (p. 5). Elle précise que " l'adoption de procédures plus claires pour le traitement des affaires dans lesquelles des parlementaires sont accusés de manquement à l'intégrité ou de faits de corruption renforcerait la crédibilité du Parlement " (p. 6). La Commission adresse également une série de recommandations. À titre d'exemple, l'une d'elles vise à " revoir les normes existantes pour préserver des médias libres et pluralistes tout en garantissant des mécanismes de recours efficaces contre les violations des droits fondamentaux des individus et contre les pressions abusives et l'intimidation exercées par les médias à l'encontre de la justice et des institutions anti-corruption " (p. 7).

Dans une partie intitulée " Réforme du système judiciaire, intégrité, lutte contre la corruption ", le rapport évalue la situation actuelle dans les domaines de la réforme du système judiciaire ; de la responsabilisation de cette dernière ; de la cohérence

et efficacité de l'action judiciaire ; de l'intégrité (particulièrement les efforts de l'Agence nationale pour l'intégrité) ; de la lutte contre la corruption (p. 7-13).

Finalement selon le rapport, en dépit du fait que certaines recommandations adressées par le rapport de juillet 2012 aient été mises en œuvre par la Roumanie, celle-ci doit toujours faire des efforts afin de réaliser des progrès dans les domaines susmentionnés (p. 13. Cf. également http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-56_fr.htm).

Mehtap KAYGUSUZ

Doctorante à l'Université Jean Moulin Lyon 3

L'entrée en vigueur du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

Après l'adoption du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels en 1966 qui est entré en vigueur le 3 janvier 1976, son Protocole facultatif fut adopté, en 2008, par les Nations Unies.

Selon l'article 18 § 1 du Protocole, son entrée en vigueur requiert l'adhésion/la ratification de 10 pays. Ainsi avec la ratification de l'Uruguay le 5 février 2013, le Protocole pourra entrer en vigueur le 5 mai 2013. Les autres Etats qui ont ratifié le Protocole sont l'Argentine (24 octobre 2011), la Bolivie (13 janvier 2012), la Bosnie-Herzégovine (18 janvier 2012), le Salvador (20 septembre 2011), l'Equateur (11 juin 2010), l'Espagne (23 septembre 2010), la Mongolie (1er juillet 2010), le Portugal (28 janvier 2013) et la Slovaquie (7 mars 2012) (http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=fr).

En ce qui concerne le contenu du Protocole, l'article 2 prévoit la présentation des communications par « des particuliers ou groupes de particuliers ou au nom de particuliers ou groupes de particuliers relevant de la juridiction d'un État partie », au Comité des droits économiques, sociaux et culturels qui fut établi en 1985 par le Conseil économique et social. Il est important de souligner que l'Etat partie doit prendre les mesures afin de protéger les personnes adressant des communications au Comité (art. 13).

L'article 3 porte sur les conditions de recevabilité des communications. A titre d'exemple, l'épuisement des voies de recours internes est une de ces conditions (art. 3, § 1). Quant à l'article 4, il prévoit une condition, sans la définir. Aux termes de cet article, le " Comité peut, si nécessaire, refuser d'examiner une communication dont il ne ressort pas que l'auteur a subi un désavantage notable, à moins que le Comité ne considère que la communication soulève une grave question d'importance générale ". Selon l'affirmation, à juste titre, de J. Tavernier, cette condition de " désavantage notable " rappelle celle de " préjudice important " prévue par le Protocole 14 à la Convention européenne des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (J. Tavernier, " Le protocole facultatif se rapportant au PIDESC entrera en vigueur en mai prochain ", http://www.sentinelle-droit-international.fr/bulletins/a2013/20130210_bull_334/bulletin_sentinelle_334.php#434).

Il est à noter que le Comité peut demander à un État de prendre des mesures provisoires (art. 5). Il faut rappeler qu'un règlement amiable peut également intervenir (art. 7). À la suite de l'examen d'une communication, le Comité fait des constatations, constatations qui n'ont pas autorité de la chose jugée (J. Tavernier, op.cit.). Il peut également faire des recommandations (art. 9).

Par ailleurs, le Protocole reconnaît que le Comité peut recevoir non seulement des communications de particuliers ou de groupes de particuliers mais également des communications interétatiques. En d'autres termes, " tout État partie au présent Protocole peut déclarer à tout moment, en vertu du présent article, qu'il reconnaît la compétence du Comité pour recevoir et examiner des communications dans lesquelles un État partie affirme qu'un autre État partie ne s'acquitte pas de ses obligations au titre du Pacte » (art. 10). De plus, le Protocole prévoit une procédure d'enquête, cependant, comme pour l'article 10, son application nécessite une déclaration d'acceptation de l'État (art. 11). L'article 14 porte sur l'assistance et la coopération internationales. Il est à préciser qu'un État étant déjà partie au Pacte peut devenir partie au Protocole (art. 17). Par ailleurs, un État peut également dénoncer le Protocole (art. 20).

Ainsi, malgré ses " lacunes [...], l'entrée en vigueur du Protocole [...] vient renforcer la justiciabilité des droits concernés " (J. Tavernier, op.cit.). Reste à savoir si ce Protocole pourra trouver une application efficace...

Mehtap KAYGUSUZ

Doctorante à l'Université Jean Moulin Lyon 3