

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

Novembre 2013

Auteurs :

Stéphanie ARIAGNO PRACCA
Maria BOUTROS ABDELNOUR
Hervé CROZE
Shérif ELATAFY
Valérie MARTEL
Aurélien ROCHER
Fanélie THIBAUD
Céline WRAZEN

Table des matières

Droit civil.....	p. 2
La gestation pour autrui toujours contraire à l'ordre public empêchant la transcription des actes de naissance des enfants issus de ce processus ...	p. 2
Interversion de la prescription : sort des échéances à venir.....	p. 3
Droit fiscal.....	p. 5
Application d'un Dutreil-transmission à une entreprise individuelle viticole.....	p. 5
Droit social.....	p. 7
Qu'elles proviennent d'un jugement, d'une sentence arbitrale ou d'une transaction, les indemnités de licenciement ou de départ volontaire bénéficient de la même exonération fiscale.....	p. 7
Droit constitutionnel.....	p. 9
Ordonnance sur la participation du public à la protection de l'environnement.....	p. 9
Procédure civile.....	p. 10
L'adhésion au Réseau Privé Virtuel Avocat vaut consentement à l'utilisation de la communication électronique procédurale.....	p. 10
Droit du crédit.....	p. 11
Loi de régulation bancaire : une réforme juridique innovante mais inachevée.....	p. 11
Fonction publique.....	p. 13
Le Conseil d'Etat dégage un nouveau principe général du droit de la fonction publique : l'obligation de rechercher à reclasser un agent non-titulaire.....	p. 13

Droit civil

La gestation pour autrui toujours contraire à l'ordre public empêchant la transcription des actes de naissance des enfants issus de ce processus

Cass. civ. 1ère, 13 septembre 2013, n° 12-18.315 et n° 12-30.138

« Vu les articles 16-7 et 16-9 du code civil, ensemble l'article 336 du même code ;

Attendu qu'en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public selon les termes des deux premiers textes susvisés ; »

Note – La gestation pour autrui est une méthode de procréation médicalement assistée qui fait intervenir une mère porteuse qui portera l'enfant d'un couple lorsque la femme n'est pas fertile.

En France, s'il est possible de recourir à des procédés médicalement assistés pour avoir des enfants (fécondations in vitro par exemple), il n'est en revanche pas autorisé de recourir à la gestation pour autrui, que cela soit à titre gratuit ou à titre onéreux.

En effet, dès 1991, cette pratique a été considérée comme contraire aux principes d'indisponibilité du corps humain et des personnes en France par la Cour de cassation (Ass. Plén. 31.05.1991, n° 90-20.105).

Cette position jurisprudentielle a été consacrée par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain qui a introduit les articles 16-7 et 16-9 du Code civil prévoyant la nullité, d'ordre public, de toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui.

L'état positif du droit français interdit donc de recourir à ce procédé en France.

La gestation pour autrui est néanmoins autorisée dans d'autres pays comme les Pays-Bas, l'Ukraine, l'Etat de Californie. Il s'est alors posé le problème de la reconnaissance en France d'enfants issus de la gestation pour autrui valablement effectuée à l'étranger.

En effet, de nombreux couples confrontés à la stérilité ont eu recours à des mères porteuses à l'étranger dans des pays où le procédé est légal. Ils obtiennent alors un certificat de naissance de leur enfant. A leur retour en France, ils reconnaissent l'enfant et présentent une requête en retranscription de leurs actes de naissance sur l'état civil en France.

Cette procédure française peut-elle aboutir, alors que l'enfant, dont l'acte de naissance doit être retranscrit, est légalement issu du procédé de la gestation pour autrui ?

La première chambre civile de la Cour de cassation a répondu par la négative à cette question par deux arrêts rendus le 13 septembre 2013 (n° 12-18.315 et n° 12-30.138), confirmant ainsi sa position d'application stricte de la loi française d'ordre public sur l'interdiction de la gestation pour autrui (Civ. 1ère, 6 novembre 2011, 09-17.130).

En effet, par application des articles 16-7 et 16-9 du Code civil, la transcription des actes de naissance sur l'état civil français des enfants issus de convention de gestation pour autrui conclue dans un Etat autorisant ce procédé est contraire à l'ordre public français qui interdit la gestation pour autrui et constitue une fraude à la loi.

Alors que les juges du fond tentent d'accepter une telle transcription sur l'état civil français (arrêt n° 12-18.315) afin d'inciter le législateur à atténuer l'interdiction de la gestation pour autrui pour permettre une évolution législative sur cette question, la Cour de cassation réaffirme régulièrement l'interdiction absolue de cette pratique et de toutes ses conséquences.

Ainsi, par ces deux arrêts, la Cour de cassation maintient sa position ferme sur l'application stricte des articles 16-7 et 16-9 du Code civil dès lors qu'il peut être démontré que la procédure de retranscription fait suite à une procédure de gestation pour autrui réalisée à l'étranger (Civ. 1ère, 17 décembre 2008, n° 07-20.468).

Dans l'arrêt n° 12-18.315, la Cour d'appel a refusé la transcription demandée par le couple. Ce dernier a alors tenté de faire valoir que la décision de la Cour d'appel était contraire aux droits de l'enfant garantis par la Convention internationale

des droits de l'enfant, ainsi qu'au principe du respect de la vie privée et familiale consacré par la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour de cassation a rejeté ces arguments :

« Mais attendu qu'en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ;
Qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui a caractérisé l'existence d'un tel processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre M. Y... et Mme X..., en a déduit à bon droit que l'acte de naissance de l'enfant établi par les autorités indiennes ne pouvait être transcrit sur les registres de l'état civil français ;
Qu'en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués ; »

Dans l'arrêt n° 12-30.138, la Cour d'appel avait en revanche accepté la transcription du fait de la validité de la procédure et de sa régularité au regard de la réalité.

Mais cette position a été cassée par la Cour de cassation :

« Attendu que, pour ordonner cette transcription, la cour d'appel a retenu que la régularité formelle et la conformité à la réalité des énonciations des actes litigieux n'étaient pas contestées ;
Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait retenu que les éléments réunis par le ministère public caractérisaient l'existence d'un processus frauduleux comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre M. Y... et Mme X..., ce dont il résultait que les actes de naissance des enfants ne pouvaient être transcrits sur les registres de l'état civil français, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »

Il ressort de ces décisions que la Cour de cassation a appliqué strictement l'interdiction de la gestation pour autrui en France à laquelle des couples ont recours à l'étranger pour contourner cette interdiction.

En effet, le fait de se déplacer à l'étranger pour avoir recours à la gestation pour autrui autorisée pour ensuite faire reconnaître les enfants issus de ce procédé en France alors que l'interdiction est d'ordre public est une fraude à la loi qui empêche toute transcription des actes de naissance sur l'état civil français.

Cette position est d'autant plus importante au regard de la consécration du mariage des couples homosexuels dans la mesure où la question de la parentalité est depuis au cœur des débats.

Maître Fanélie THIBAUD

Avocat au Barreau de Valence (CAP CONSEIL)

Chargée d'enseignements aux Facultés de droit de Valence et de Lyon 3

Interversion de la prescription : sort des échéances à venir

Cass. civ. 1ère, 10 juillet 2013, n° 12-13850

« Mais attendu que seuls les arriérés échus postérieurement à une décision judiciaire, ayant force exécutoire, qui a reconnu une créance d'indemnité d'occupation, échappent, en raison de la nature de la créance, à l'interversion de prescription résultant de cette décision ; qu'après avoir relevé que l'arrêt du 26 février 1997 était passé en force de chose jugée sur le principe et le montant de l'indemnité d'occupation due par Mme X..., la cour d'appel a retenu à bon droit que ce n'était que pour la période postérieure à cet arrêt que s'appliquait la prescription quinquennale, de sorte que l'indivision ne pouvait prétendre au paiement de l'arriéré de l'indemnité d'occupation pour la période qui avait couru du 27 février 1997 au 17 décembre 2003 ; que le moyen n'est donc pas fondé ; »

Note - La décision de la première chambre civile de la Cour de cassation du 10 juillet 2013 a trait au champ d'application de l'article 2231 du Code civil, adopté par la réforme du 17 juin 2008 et relatif à la prescription d'une créance successive.

Avant la réforme de 2008, l'interversion se produisait en principe en cas d'interruption de la prescription : le délai de droit commun plus long était substitué à l'ancien. Depuis la réforme, l'hypothèse d'interversion n'est plus concevable en cas

d'interruption de délai de prescription. Selon l'article 2231 du Code civil, toute interruption efface le délai de prescription acquis, et fait courir un nouveau délai de même durée que l'ancien. Ainsi, s'il s'agit, par exemple, d'un délai de prescription quinquennal, toute interruption ne mène, en principe, qu'à un nouveau délai de prescription lui aussi égal à cinq ans.

Néanmoins, l'interversion n'est pas totalement supprimée par la réforme. Il y a une exception qui pourrait amener à l'interversion. C'est l'interruption de délai de prescription par un jugement judiciaire dont le délai de prescription est plus long que le délai de prescription de la créance qu'il constate.

Conformément à l'article L.111-4 du Code des procédures civiles d'exécution, le délai de prescription de l'exécution d'un jugement est décennal. Ainsi, si un jugement interrompt le délai de prescription d'une créance, dont le délai de prescription est quinquennal, l'interversion se produit. On peut donc déduire que la créance se prescrit par dix ans, le délai de prescription de la décision judiciaire qui la constate.

Bien que l'interversion créée par l'interruption judiciaire semble, a priori, simple, la question devient plus compliquée lorsqu'il s'agit de la prescription d'une créance à caractère successif. Quelles sont les conséquences qu'une interruption judiciaire peut apporter sur le délai de prescription d'une créance à caractère successif comme en l'espèce ?

Il s'agissait d'une indemnité d'occupation que devait verser un héritier aux autres héritiers pour avoir occupé pendant près de trente ans un immeuble indivis. L'intervention interruptive est provenue d'un jugement de condamnation.

Dans cette décision, la Cour de cassation a répondu à cette question en distinguant les arriérés échus avant le jugement de condamnation de ceux échus après. Les arriérés échus postérieurement au jugement de condamnation échappent à l'interversion de prescription. Leur délai de prescription reste donc quinquennal. Les arriérés échus antérieurement sont affectés par l'interversion de prescription résultant du jugement. Ainsi, au délai de prescription des échéances antérieures est substitué le nouveau délai de prescription de l'exécution du jugement, soit dix ans.

Shérif ELATAFY

Doctorant à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Droit fiscal

Application d'un Dutreil-transmission à une entreprise individuelle viticole

Cass. com., 10 septembre 2013, n° 12-21.140

" Attendu que, pour rejeter la demande de Mme X..., l'arrêt retient qu'à la suite de la transmission par décès, l'un des héritiers devait poursuivre l'exploitation de l'entreprise, ce qui impliquait une exploitation par le défunt au moment de son décès ; Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé en lui ajoutant une condition qu'il ne prévoit pas ; "

Note - De même que pour les mutations à titre onéreux, des droits sont exigibles sur les transmissions à titre gratuit, que celles-ci interviennent par décès (succession) ou entre vifs (donation).

Obéissant à des règles spécifiques, ces régimes fiscaux prévoient des dispositifs d'exonération partielle pour les transmissions portant sur des entreprises, qu'elles soient exploitées sous forme de société ou par une personne physique.

Le plus connu d'entre eux est désigné sous le vocable de pacte Dutreil, du nom du parlementaire à l'origine de ce dispositif.

Pour les besoins de l'étude, reprenons les conditions d'application du régime :

- Entreprise individuelle exerçant une activité de nature CIALA (commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole) ;
- Entreprise individuelle devant avoir été détenue pendant au moins deux ans par le de cujus/donateur si elle a été acquise par ce dernier à titre onéreux (pas de condition de détention préalable dans le cas contraire) ;
- Engagement individuel par les bénéficiaires de la transmission à titre gratuit de conserver ensemble les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise pendant quatre ans après la transmission à titre gratuit ;
- Poursuite de l'exploitation de l'entreprise par l'un au moins des bénéficiaires de la transmission à titre gratuit pendant trois ans après celle-ci et qui doit constituer pour lui son activité principale (appréciée en fonction de critères tels le temps accordé, la part des revenus apportés etc.).

Puis, explicitons les effets de ce dispositif :

- Exonération de 75 % de la valeur de l'ensemble des biens transmis constitutifs de l'entreprise individuelle (l'ensemble des biens mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels, affectés à l'exploitation de l'entreprise individuelle) ;
- Outre les obligations de détention durant quatre ans, et de poursuite de l'exploitation pendant trois ans, implique des obligations déclaratives annuelles, le temps d'application du dispositif.

Rappelons également pour mémoire que ce dispositif communément appelé pacte Dutreil correspond techniquement à un « engagement collectif de conservation » et suppose donc, comme son nom le laisse deviner, un contrat entre plusieurs signataires. Dès lors, l'objet premier de ce régime fiscal de faveur correspond aux titres sociaux de société (autres que les sociétés unipersonnelles) et ce n'est qu'une extension d'application du régime qui permet d'inclure les entreprises individuelles.

Ainsi, dans le Code général des impôts, l'article 787 B vise les sociétés et l'article 787 C constitue son pendant pour les entreprises individuelles et les sociétés unipersonnelles.

Indiquons également que ce régime s'applique, sous réserve de quelques adaptations mineures, à l'impôt sur la fortune, permettant de la même manière une exonération de 75 % de la base taxable constituée par la valeur de l'entreprise.

Au cas particulier, l'application de l'article 787 C du CGI avait été recherchée dans le cadre d'une transmission à titre gratuit intervenue suite au décès de l'exploitant d'une entreprise viticole. Or, l'administration fiscale, suivie en cela par les juges du fond, avait refusé de reconnaître aux héritiers le bénéfice de l'exonération de 75 % sur la valeur des biens transmis au motif que l'entreprise n'était plus exploitée par le défunt au moment de son décès. En effet, celui-ci avait pris sa retraite le 31 octobre 2001, est décédé le 21 mai 2006 et, dans l'intervalle, l'entreprise avait été exploitée par son épouse.

A raison, les juges de cassation condamnent cette analyse qui rajoute une condition à celles posées par le texte.

Au demeurant, la décision permet donc au texte de s'appliquer conformément à sa lettre mais aussi à son esprit dès lors que ce type de transmission d'entreprise à titre gratuit peut également survenir dans des situations difficiles où le de cujus, du fait d'une situation de pathologie importante, ne pouvait plus exploiter personnellement son entreprise dans la période précédant son décès.

Aurélien Rocher
Elève-Avocat, DJCE
Chargé d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Droit social

Qu'elles proviennent d'un jugement, d'une sentence arbitrale ou d'une transaction, les indemnités de licenciement ou de départ volontaire bénéficient de la même exonération fiscale

Cons. const., décision n° 2013-340 QPC du 20 septembre 2013

(...) « 6. Considérant que les dispositions contestées définissent les indemnités de licenciement ou de départ volontaire qui, en raison de leur nature, font l'objet d'une exonération totale ou partielle d'impôt sur le revenu ; que ces dispositions ne sauraient, sans instituer une différence de traitement sans rapport avec l'objet de la loi, conduire à ce que le bénéfice de ces exonérations varie selon que l'indemnité a été allouée en vertu d'un jugement, d'une sentence arbitrale ou d'une transaction ; qu'en particulier, en cas de transaction, il appartient à l'administration et, lorsqu'il est saisi, au juge de l'impôt de rechercher la qualification à donner aux sommes objet de la transaction ; » (...).

Note – Dans cette décision, le Conseil constitutionnel juge certes conformes à la Constitution les dispositions du 1. de l'article 80 duodecies du Code général des impôts (CGI) dans sa rédaction issue de l'article 1er de la loi n° 2000-1353 du 30 décembre 2000 de finances rectificative pour 2000, tout en formulant une réserve d'interprétation.

En 2004, Alain G., alors VRP (voyageur représentant placier), prend acte de la rupture de son contrat de travail. Estimant être licencié sans cause réelle et sérieuse, il décide d'assigner son employeur en justice. Il s'avère qu'une transaction est conclue entre les deux protagonistes : l'instance s'arrête tandis qu'Alain G. reçoit la somme de 105 000 €. Qu'il décide de ne pas déclarer cette somme au titre de l'impôt sur le revenu, puisqu'en vertu de l'article 80 duodecies du CGI, elle serait exonérée. A la suite d'un contrôle par l'Administration fiscale, il fait l'objet d'une rectification (ex-redressement) pour défaut de déclaration de cette somme, normalement imposable puisqu'elle résulte d'une transaction.

Le requérant est débouté devant les juges du fond. Alors qu'il se pourvoit en cassation devant le Conseil d'Etat, il décide de poser une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), le 24 juin 2013 (n° 365.253), au sujet de l'assujettissement ou non des indemnités perçues dans le cadre d'une transaction à la suite de la rupture de son contrat de travail, assimilées à des indemnités de licenciement.

Ainsi, la question était de savoir s'il était juridiquement fondé d'exclure du bénéfice de l'exonération les indemnités versées dans le cadre d'une transaction, et ce notamment au regard du principe d'égalité puisque sont incluses a contrario les indemnités de licenciement versées par l'employeur, spontanément ou à la suite d'une condamnation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Pourquoi traiter différemment les indemnités selon qu'elles proviennent d'un jugement, d'une sentence arbitrale ou d'une transaction ?

Il convient de rappeler que lorsqu'il examine la conformité d'une disposition fiscale au regard du principe d'égalité (devant la loi, art. 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ; devant les charges publiques, art. 13 de la DDHC), le Conseil constitutionnel utilise, dans la plupart des cas, la même méthode : celle du contrôle de proportionnalité entre l'intérêt général (but) et les critères objectifs et rationnels au regard du but poursuivi par le législateur (moyens).

En l'espèce, le juge constitutionnel apprécie donc si les critères retenus pour la détermination de l'assiette (la base imposable) de l'impôt sur le revenu sont objectifs et rationnels.

Il en déduit que si les dispositions de l'article 80 duodecies du CGI sont conformes à la Constitution, il n'en demeure pas moins que le bénéfice des exonérations prévues ne devrait pas varier selon que l'indemnité a été allouée en vertu d'un jugement, d'une sentence arbitrale ou d'une transaction.

Il confirme en cela une décision antérieure du Conseil d'Etat, relative à une sentence arbitrale, qui indiquait qu' " après avoir relevé que l'arbitre n'était pas intervenu comme amiable compositeur mais avait rendu conformément aux règles fixées par l'article L. 122-14-4 du Code du travail la sentence du 25 avril 2001, qui revêt un caractère juridictionnel, que M. Lavanant était fondé à bénéficier, pour cette indemnité, de l'exonération prévue par l'article 80 duodecies du Code général des impôts, la cour administrative d'appel de Nantes n'a pas commis d'erreur de droit " (CE, 3e et 8e ss-sect., 20 juin 2012, n° 345120, min. c/ M. Lavanant, Droit fiscal 2012, n° 30-35, comm. 391).

Céline WRAZEN
Docteur en droit
Chargée d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Droit constitutionnel

Ordonnance sur la participation du public à la protection de l'environnement

Ordonnance n° 2013-714 du 5 août 2013 relative à la mise en oeuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement

Note - Le 5 août 2013, a été adoptée une ordonnance relative à la mise en œuvre du principe de participation du public aux décisions qui ont une incidence sur l'environnement. Cette ordonnance a été prise en vertu de la loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 élaborée en application de la Charte de l'environnement (la Charte), intégrée dans le préambule de la Constitution lors de son amendement en 2005. Selon l'article 7 de la Charte « *toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* ».

Cette ordonnance concerne le domaine de la loi défini par l'article 34 de la Constitution de 1958. En principe, seul le législateur peut agir dans les domaines définis par cet article dont « la préservation de l'environnement » fait partie. Toutefois, une exception est prévue par l'article 38 de la Constitution qui prévoit que « *le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi* ».

Pour prendre une ordonnance dans le domaine de la loi une série de conditions doivent être remplies. Ces conditions sont prévues aux 2ème et 3ème alinéas de l'article 38 qui énoncent que « *les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse. A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif* ».

Ainsi faut-il que cette ordonnance soit prise en vertu d'une loi d'habilitation. Le Parlement peut adopter cette loi d'habilitation exclusivement ; il peut également intégrer cette habilitation dans une loi ordinaire. L'article 12 de la loi du 27 décembre 2012 comportait cette autorisation. Le gouvernement doit agir dans les limites imposées par cette loi et dans une durée limitée. Ensuite, un projet de loi de ratification de cette ordonnance doit être déposé devant le Parlement sinon l'ordonnance devient caduque. La loi du 27 décembre 2012 exigeait que le gouvernement agisse avant le 1er septembre 2013 et dépose le projet de ratification dans les 3 mois qui suivent. Si elle est ratifiée par le Parlement, elle change de nature, elle devient ainsi une disposition législative qui ne peut être modifiée que par une loi votée par le Parlement.

Cette ordonnance complète la loi du 27 décembre 2012 pour rendre le principe de participation du public plus effectif. La procédure qu'elle prévoit s'applique en cas d'absence de procédures particulières telle l'enquête publique. Elle prévoit par exemple des modalités de participation par voie électronique lorsque le volume du dossier le permet. Elle exclut de son champ d'application les décisions qui n'ont qu'un « *effet indirect* » ou « *non significatif* » sur l'environnement.

Maria BOUTROS ABDELNOUR

Doctorante

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

Procédure civile

L'adhésion au Réseau Privé Virtuel Avocat vaut consentement à l'utilisation de la communication électronique procédurale

Cass., Avis n° 15012 du 9 septembre 2013 (Demande n° 13-70.005) - ECLI:FR:CCASS:2013:AV15012

"L'adhésion d'un avocat au "réseau privé virtuel avocat" (RPVA) emporte nécessairement consentement de sa part à recevoir la notification d'actes de procédure par la voie électronique."

Note – Le Gouvernement a décidé de dématérialiser la procédure civile afin d'accélérer le cours de la justice et en espérant en diminuer le coût.

Les règles de base se trouvent au Titre XXI du Livre Ier du Code de procédure civile. En particulier, l'article 748-1 de ce Code autorise la forme électronique dans les termes suivants :

"Les envois, remises et notifications des actes de procédure, des pièces, avis, avertissements ou convocations, des rapports, des procès-verbaux ainsi que des copies et expéditions revêtues de la formule exécutoire des décisions juridictionnelles peuvent être effectués par voie électronique dans les conditions et selon les modalités fixées par le présent titre, sans préjudice des dispositions spéciales imposant l'usage de ce mode de communication."

En principe cependant : *"le destinataire des envois, remises et notifications mentionnés à l'article 748-1 doit consentir expressément à l'utilisation de la voie électronique, à moins que des dispositions spéciales n'imposent l'usage de ce mode de communication"* (CPC, art.748-2). Pratiquement les textes ne rendent la communication électronique que dans la procédure d'appel avec représentation obligatoire.

En-dehors de ces cas, les barreaux et les juridictions concluent des conventions de procédure dans lesquelles la communication électronique est prévue de manière obligatoire.

Pratiquement elle se réalise par l'interconnexion de deux réseaux informatiques : le Réseau Privé Virtuel Justice (RPVJ) et le Réseau Privé Virtuel Avocat (RPVA). Sans doute pour des raisons de pure opportunité, certains avocats ont contesté avoir donné un consentement exprès à la communication électronique du simple fait de leur adhésion au RPVA qui est, de fait, une nécessité pratique.

La question a soulevé des discussions doctrinales et des divergences entre juges du fond.

La Cour de cassation est d'avis que *"l'adhésion d'un avocat au "réseau privé virtuel avocat" (RPVA) emporte nécessairement consentement de sa part à recevoir la notification d'actes de procédure par la voie électronique."* C'est une solution satisfaisante en pratique même si elle prend des libertés avec la lettre des textes.

En principe un avis de la Cour de cassation n'a pas de force obligatoire mais en fait il est généralement suivi par les juridictions (voir l'article L.151-1 du Code de l'organisation judiciaire).

Hervé CROZE

Professeur d'Université, Université Jean Moulin Lyon 3

Droit du crédit

Loi de régulation bancaire : une réforme juridique innovante mais inachevée

Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires

Note - La crise financière de 2008 a mis en lumière les nombreux manquements des banques. L'absence de régulation des affaires bancaires a précipité la diffusion des conséquences négatives de la crise à l'ensemble de l'économie mondiale. Les Etats ont chacun à leur tour pris des dispositions pour encadrer les activités bancaires. Les établissements bancaires français étaient soumis au dispositif dit '*Bâle III*' encadrant très strictement les activités financières. Ce dispositif est d'ailleurs un véritable défi pour les banques tant les exigences posées sont fortes.

La loi de régulation bancaire du 26 juillet 2013 (*Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires*) est, elle, une loi adoptée uniquement par le législateur français. Cette loi comprend deux volets d'inégale importance. Une partie concerne la séparation des activités spéculatives et des activités de dépôts dans le but de sécuriser le patrimoine des banques (1). La seconde partie concerne la régulation proprement dite des activités bancaires et notamment la supervision bancaire (2). Ce volet de la régulation bancaire est nettement plus marqué.

1. Séparation des activités bancaires entre dépôts et placements

L'un des axes forts de cette réforme bancaire consiste dans la séparation des activités spéculatives d'une banque réalisées pour son propre compte, sans utilité pour le financement de l'économie et sans lien avec les clients, du reste des activités de la banque. Ces activités spéculatives devront être intégrées dans une filiale séparée. Afin d'éviter la transmission des risques nés de la filiale spéculative à l'ensemble de l'activité de la banque, des règles spécifiques de contrôle lui seront appliquées. Il faut noter également, que l'Etat ne pourra pas recapitaliser directement ou indirectement cette filiale d'activités spéculatives. En effet, la collectivité ne devra pas supporter des coûts imputables à la gestion privée des banques. Puisque ces activités spéculatives ne profitent en rien à l'ensemble de la collectivité, la collectivité se décharge des risques liées à ces activités.

2. Supervision bancaire renforcée

Le second volet de la loi, quoique moins médiatique, est le plus détaillé et le plus innovant. Une autorité particulière pourra notamment suspendre ou interdire la commercialisation de produits financiers " toxiques " ou des activités jugées dangereuses pour la stabilité du système financier. C'est ici une réponse directe à la crise des *subprimes* de 2008.

L'Autorité des Marchés Financiers (AMF) se voit confier de nouvelles responsabilités notamment relativement aux sanctions des tentatives de manipulation des cours y compris la manipulation des indices boursiers. Il s'agit de garantir une certaine transparence dans les activités boursières.

Toujours dans l'optique de limiter au maximum les pratiques spéculatives incontrôlées, la loi de juillet 2013 interdit le trading à haute fréquence (*High Frequency Trading*) pour les établissements français. Les autres établissements pratiquant ce type d'activités devront se déclarer préalablement à l'AMF. Le HFT consiste dans la prise de position sur les marchés par des ordinateurs préprogrammés. Mais ces ordinateurs sont parfois sujets à commettre des erreurs faisant chuter brusquement et brièvement les cours, on parle selon une terminologie nouvelle de " *flash-crash* ".

Enfin, pour prévenir les risques systémiques sur les marchés financiers, la loi instaure la création du Haut conseil de stabilité financière. Il sera doté de " *pouvoirs juridiquement contraignants pour limiter les risques de nature systémique ou prévenir la formation de bulles spéculatives* ". Par exemple, cette instance pourra imposer à certains établissements bancaires de relever ses fonds propres pour faire face à des risques supplémentaires.

Cette loi française s'inscrit totalement dans la démarche menée au niveau international de régulation d'un secteur financier considéré comme potentiellement risqué pour la stabilité de l'économie mondiale. La philosophie de ces lois est de limiter au maximum la propagation d'éventuelles crises financières afin que les finances publiques ne deviennent pas les garantes de dettes privées contractées par les établissements financiers. Ceci étant, la loi de régulation bancaire ne va pas aussi

loin que les lois adoptées dans d'autres Etats ou même que les recommandations du rapport Liikanen commandée par la Commission Européenne, prônant une stricte séparation entre les activités de dépôts et les activités spéculatives.

La France a choisi la voie intermédiaire de la filiation de ces activités bancaires après de longues discussions. A chacun de voir alors le verre à moitié vide – le législateur n'est pas allé au bout de ses intentions – ou à moitié plein – cette loi est une première mesure dans un domaine où aucune législation n'existait auparavant et dans un contexte de normalisation international évolutif.

Stéphanie ARIAGNO PRACCA

Doctorante

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

Fonction publique

Le Conseil d'Etat dégage un nouveau principe général du droit de la fonction publique : l'obligation de rechercher à reclasser un agent non-titulaire

CE, Avis, 25 septembre 2013, n° 365139

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027996211>

Note - Un nouveau principe général du droit a été dégagé suite au litige né du licenciement, par une décision du recteur d'académie en date du 14 septembre 2007, d'un professeur bénéficiant d'un statut d'agent contractuel.

En effet, ce dernier a saisi le Tribunal administratif de Paris afin, notamment, que cette décision soit annulée. Les premiers juges ayant rejeté sa requête, il a interjeté appel. La Cour administrative d'appel de Paris a alors sursis à statuer et saisi le Conseil d'Etat par un arrêt du 31 décembre 2012 afin que celui-ci réponde aux questions suivantes : « *l'administration peut-elle remplacer par un fonctionnaire un agent contractuel bénéficiant, dans le cadre des dispositions de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005, d'un contrat à durée indéterminée et, par suite, mettre fin à ses fonctions, eu égard à la nécessaire protection des droits qu'il a acquis en vertu de son contrat* » et, dans l'affirmative, « *l'administration a-t-elle l'obligation de reclasser l'agent dans un autre emploi, alors qu'un principe général du droit imposant une telle obligation n'a été reconnu jusqu'ici par la jurisprudence du Conseil d'Etat qu'en faveur de l'agent contractuel atteint d'une inaptitude physique l'empêchant de manière définitive d'occuper son emploi* ».

Préalablement à la lecture de l'avis, il est notable en **premier lieu** que le Conseil d'Etat a été saisi en application de l'article L. 113-1 du Code de justice administrative qui dispose qu' « *avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'Etat, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée...* ». Il a donc rendu un avis mais un avis « *sur une question de droit* » qui demeure dans sa fonction contentieuse, distincte de la fonction consultative des juridictions administratives prêtant parfois à discussion (cf. les débats sur le cumul des attributions consultative et contentieuse).

Dans ce cadre, il est remarquable en **deuxième lieu** que le Conseil d'Etat retient sur le fond tout d'abord que « *le législateur a entendu que les emplois civils permanents de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics à caractère administratif soient en principe occupés par des fonctionnaires et qu'il n'a permis le recrutement d'agents contractuels qu'à titre dérogatoire et subsidiaire, dans les cas particuliers énumérés par la loi, que ce recrutement prenne la forme de contrats à durée déterminée ou, par application des dispositions issues de la loi du 26 juillet 2005, de contrats à durée indéterminée. ./.. Par suite, un agent contractuel ne peut tenir de son contrat le droit de conserver l'emploi pour lequel il a été recruté, lorsque l'autorité administrative entend affecter un fonctionnaire sur cet emploi. L'administration peut, pour ce motif, légalement écarter l'agent contractuel de cet emploi* ».

En d'autres termes, le Conseil d'Etat rappelle que les emplois publics doivent être occupés par des fonctionnaires - c'est-à-dire par des personnes nommées dans un emploi permanent et titularisées dans un grade de la hiérarchie administrative ; auxquels il est possible d'assimiler les stagiaires, les auxiliaires et les bénéficiaires de contrats de parcours d'accès aux carrières des fonctions publiques d'Etat, territoriale et hospitalière. Il n'est donc possible de recourir à des agents recrutés par contrat – quel qu'en soit la durée – que s'il n'existe pas de corps de fonctionnaires pouvant assurer les emplois concernés, lorsque la nature des fonctions ou les besoins du service le justifient ou encore lorsque les fonctions correspondent à un besoin permanent impliquant un travail à temps partiel ou pour remplacer des fonctionnaires momentanément indisponibles.

Le Conseil d'Etat ajoute ensuite qu'« *il résulte toutefois d'un principe général du droit, dont s'inspirent tant les dispositions du code du travail relatives à la situation des salariés dont l'emploi est supprimé que les règles du statut général de la fonction publique qui imposent de donner, dans un délai raisonnable, aux fonctionnaires en activité dont l'emploi est supprimé une nouvelle affectation correspondant à leur grade, qu'il incombe à l'administration, avant de pouvoir prononcer le licenciement d'un agent contractuel recruté en vertu d'un contrat à durée indéterminée pour affecter un fonctionnaire sur l'emploi correspondant, de chercher à reclasser l'intéressé* ».

Ainsi l'Administration se voit obligée – lorsqu'elle décide de placer un fonctionnaire à un emploi préalablement pourvu par un agent non titulaire - de chercher à reclasser l'agent bénéficiant d'un contrat. Concrètement cela se traduit par le fait que l'Administration doit lui proposer une nouvelle affectation. Ce faisant cet avis va une nouvelle fois dans le sens de la «

travaillisation » du droit de la fonction publique, c'est-à-dire d'un rapprochement du droit de la fonction publique avec le droit du travail. Cette évolution était déjà observable lorsque le juge administratif a interdit le licenciement d'une femme enceinte (CE, 8 juin 1973, Dame Peynet, n° 80232), lorsqu'il a garanti une rémunération au moins égale au SMIC (CE, 1982, Ville de Toulouse n° 36851) ou encore lorsqu'il a dégagé une obligation de reclasser un fonctionnaire atteint d'une inaptitude physique définitive (CE, 2 octobre 2002, CCI de Meurthe-et-Moselle, n° 227868).

En **dernier lieu**, il est intéressant d'observer que le Conseil d'Etat indique expressément que cette obligation de rechercher à reclasser un agent non-titulaire est un principe général du droit. Il rejoint donc la famille des principes généraux du droit qui ont une valeur supra décrétable (CE, 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils, n° 92099) mais infra-législative pour reprendre la formulation de René Chapus.

Valérie MARTEL

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